

STATENES RETT TIL PREVENTIVT SELVFORSVAR

Finnes det en folkerettslig hjemmel?

Kandidatnr: 485 og 384

Veileder: Pia Rudolfsson Goyer

Leveringsfrist: 25. november 2003

Til sammen 26.973 ord

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	GENERELL INNLEDNING	1
1.2	OPPGAVENS OPPBYGNING	2
2	PROBLEMSTILLING OG AVGRENSNINGER	3
2.1	HOVEDPROBLEMSTILLING	3
2.2	AVGRENSNINGER	3
3	FOLKERETTENS METODE OG RETTSKILDER	5
3.1	STATUTTENE FOR DEN INTERNASJONALE DOMSTOL, 26. JUNI 1945	5
3.2	WIENKONVENSJONEN OM TRAKTATRETTE, 26. MAI 1969	7
3.3	ULOVFESTEDE TOLKNINGSPRINSIPPER	7
4	SUVERENITETSPRINSIPPET OG	
	BEGREPET "PREVENTIVT SELVFORSVAR"	9
5	FN-PAKTEN ART. 51 – HJEMMEL FOR PREVENTIVT SELVFORSVAR?	13
5.1	DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKT; MAKTFORBUDET	13
5.2	GENERELT OM FN-PAKTEN ART. 51	17
5.3	ORDLYD	18
5.4	FN'S GENERALFORSAMLINGS RESOLUSJON 3314 (XXIX), 14. DESEMBER 1974	20
5.5	FEM OFFISIELLE FN-SPRÅK - FEM ULIKE BETYDNINGER?	20
5.6	ART. 51 TOLKET I LYS AV FN-PAKTENS FORMÅL	22
5.7	ART. 51 TOLKET I LYS AV FN-PAKTENS ØVRIGE BESTEMMELSER	23
	5.7.1 Art. 51 i lys av Art. 2 (4)	23
		I

5.7.2	Art. 51 i lys av Art. 39, jfr. Art. 42	24
5.7.3	Art. 51 i lys av Art. 53	25
5.8	FORHANDLINGER OG FORARBEIDER TIL FN-PAKTEN	26
5.9	NICARAGUA-SAKEN	27
5.10	STATSPRAKSIS	29
5.10.1	Cuba-krisen, 1962	30
5.10.2	Israels angrep på Egypt, Syria og Jordan, 1967 (seksdagerskrigen)	31
5.10.3	Israels angrep på atomreaktoren Osirak, 1981	32
5.10.4	USAs angrep på Libya, 1986	33
5.10.5	Et avsluttende overblikk over statspraksis	33
5.11	RETTE TIL SELVFORSVAR – EN "INHERENT RIGHT"?	35
5.12	HVILKE SLUTNINGER KAN TREKKES?	36
6	<u>SEDVANERETTEN - HJEMMEL FOR PREVENTIVT SELVFORSVAR?</u>	37
6.1	INNLEDNING	37
6.1.1	Vilkårene for sedvanerettsdannelse	37
6.1.2	Forholdet til traktatretten	38
6.2	CAROLINE-SAKEN – DEN SEDVANERETTSLIGE HJEMMELEN FOR PREVENTIVT SELVFORSVAR	38
6.2.1	Faktum	38
6.2.2	Rettslig betydning	39
6.3	UTVIKLINGEN FØR MOT DEN FØRSTE VERDENSKRIG	40
6.4	MELLOMKRIGSTIDEN – FØR MOT DANNELSEN AV FN	40
6.5	VILKÅRENE FOR SELVFORSVAR – HERUNDER PREVENTIVT SELVFORSVAR	41
6.5.1	Kravet til umiddelbarhet	42
6.5.2	Kravet til nødvendighet	43
6.5.3	Kravet til proporsjonalitet	44
6.6	STATSPRAKSIS	46
6.7	OPINIO JURIS	47

6.8	HVILKE SLUTNINGER KAN TREKKES?	47
6.9	AVSLUTNING	49

7 FORHOLDET MELLOM FN-PAKTEN ART. 51 OG SEDVANERETTEN **51**

7.1	INNLEDNING	51
7.2	UTVIDENDE TOLKNING?	52
7.3	RESTRIKTIV TOLKNING?	54
7.4	HVILKE SLUTNINGER KAN TREKKES?	57

8 UTVIKLINGEN VIDERE **59**

8.1	INNLEDNING	59
8.2	KRIGEN MOT TERROR	59
	8.2.1 Utvidede rettigheter?	60
8.3	ER FOLKERETTEN UNDER ENDRING?	62
	8.3.1 Irak II – Fortsettelse på begynnelsen?	63
	8.3.2 Israels angrep på Syria, oktober 2003	67
8.4	DE LEGE FERENDA	67
	8.4.1 Utvidende tolkning?	68
	8.4.2 Restriktiv tolkning?	68
	8.4.3 FN	69

9 AVSLUTNING/KONKLUSJON **71**

APPENDIX **72**

FORKORTELSER	72
LITTERATURLISTE	73
ARTIKKELOVERSIKT	74
FN-MATERIALE	74
	III

Sikkerhetsrådets resolusjoner	74
Generalforsamlingens resolusjoner	74
Øvrig FN-materiale	75
 ØVRIG MATERIALE	 75
TRAKTATREGISTER	77
DOMSREGISTER	77

1 Innledning

1.1 Generell innledning

I denne oppgaven retter vi søkelyset mot folkerettens regler om statenes rett til å utøve selvforsvar. Det følger direkte av FN-pakten av 26. juni 1945 (Pakten) Art. 51 at statene er berettiget til å utøve selvforsvar når de utsettes for et militært angrep. Dette er et sikkert og lite omdiskutert utgangspunkt. Spørsmålet i det følgende er imidlertid om folkeretten også gir hjemmel for et *preventivt* selvforsvar. Med preventivt selvforsvar mener vi selvforsvar som utøves før staten faktisk blir angrepet.¹ Det er omdiskutert hvorvidt også trusler om væpnede angrep, eventuelt en antatt fare for et fremtidig angrep, gir statene en tilsvarende rett til selvforsvar. Formulert på en annen måte er det folkerettens terskel for når statene, på grunnlag av egen situasjonsvurdering, er berettiget til å gripe til våpen som står sentralt. I det følgende vil vi stille oss spørsmål om det overhodet eksisterer en rett til preventivt selvforsvar under dagens folkerett, hvor vi eventuelt finner det rettslige grunnlaget for en slik rett og under hvilke omstendigheter den i så fall kan utøves.

En av hovedårsakene til at vi har valgt å skrive om statenes rett til å utøve preventivt selvforsvar, er at spørsmålet om lovligheten av et slikt forsvar for alvor kom på dagsorden i forbindelse med USAs angrep på Irak i mars 2003. USA har, under ledelse av president George W. Bush, utarbeidet en ny og mer aggressiv forsvars- og sikkerhetspolitikk – en politikk som utfordrer folkerettens strenge regler om statenes adgang til å bruke makt, herunder retten til selvforsvar. I "The National Security Strategy of the United States of America" (NSS), som Bush la frem den 17. september 2002, blir det hevdet at USA har "*suveren rett til å bruke makt til å ivareta sin nasjonale sikkerhet*". USA hevder seg berettiget til å gå til krig, ikke bare for å forsvare seg mot angrep, men for også for å tilintetgjøre regimer som muligens kan rette støt mot amerikanske interesser i fremtiden. Dette har i ettertid blitt omtalt som "bush-doktrinen". Konsekvensene av USAs nye handlingsplan kom blant annet til syne da han i sin tale til FNs generalforsamling, den 12. september 2002, stilte FNs sikkerhetsråd

¹ Se om begrepet "preventivt selvforsvar" under kap. 4.

overfor følgende ultimatum; FN måtte enten vedta en ny og kraftfull resolusjon for å tvinge Irak til å la seg avvæpne, ellers ville USA, om nødvendig alene, iverksette militære angrep for å sikre en slik avvæpning. President Bush har gjennom sin forsvars- og sikkerhetspolitikk, tilsidesatt folkeretten og erstattet denne med prinsippet om den sterkestes rett. Dette kommer særlig til syne gjennom en uttalelse han kom med 6. mars 2003; *"As we head into the 21st century, when it comes to our security, we really don't need anybody's permission"*.² USA hever seg her over folkerettens regler, ignorerer de strenge vilkårene i Pakten Art. 51 og hevder i stedet å inneha en uinnskrenket rett til å handle preventivt.

Et særlig interessant spørsmål er om det siste års hendelser, særlig USAs angrep på Irak og Israels angrep på Syria, vil føre til endringer i rettsbildet. Dersom terskelen for når statene anser seg berettiget til å utøve makt (under henvisning til retten til selvforsvar) senkes, vil ikke dette også medføre en bredere aksept for krig?

1.2 Oppgavens oppbygning

Oppgaven er inndelt i 8 hovedkapitler. Under kapittel 2 har vi formulert en hovedproblemstilling for oppgaven, samt foretatt enkelte avgrensninger. Under kapittel 3 ser vi nærmere på den folkerettslige metoden, men fokus er rettet mot de deler som er av særlig interesse for denne oppgavens vedkommende. Videre i kapittel 4 tar vi for oss det grunnleggende suverenitetsprinsippet før vi søker å klargjøre hva som ligger i begrepet "preventivt selvforsvar". I kapitlene 5 og 6 redegjør vi for de rettsgrunnlagene som blir hevdet å hjemle en rett til preventivt selvforsvar. Først ser vi på spørsmålet om en rett til preventivt selvforsvar kan hjemles innen rammene av Pakten Art. 51, før vi i kapittel 6 ser på den sedvanerettslige hjemmelen for selvforsvar slik den har utviklet seg i etterkant av den såkalte Caroline-saken. Under kapittel 7 søker vi å belyse forholdet mellom den tradisjonelle sedvaneretten og Pakten Art. 51. I det siste kapittelet tar vi for oss de siste års utvikling, med USA/Irak-konflikten og krigen mot terror i sentrum.

² Bush' pressekonferanse den 6. mars 2003.

2 Problemstilling og avgrensninger

2.1 Hovedproblemstilling

Eksisterer det en folkerettslig regel som hjemler staters rett til preventivt selvforsvar og hvilke vilkår må eventuelt tilfredsstilles før en slik rett kan utøves?

Kan dagens kamp mot terror lede til en økt aksept for preventivt selvforsvar som sikkerhetspolitisk virkemiddel?

2.2 Avgrensninger

Vi ser det som hensiktsmessig å gjøre kort rede for enkelte emner og problemstillinger som vi i det følgende vil avgrense mot. Avgrensningene er foretatt av hensyn til oppgavens begrensede omfang og ut fra et ønske om å oppnå en dybde og presisjon i drøftelsene. Vi ser det nødvendig å avgrense mot visse emner og problemstillinger som har naturlige tilknytninger til oppgavens tema, men som likevel ligger i utkanten av vår konkrete problemstilling og som det derfor vil føre for langt å behandle under denne oppgaven.

For det første avgrenses det mot det som tradisjonelt omtales som krigens folkerett. Dette er folkerettens regler for hva som tillates *i krig* (ius in bellum), regler som søker å forhindre de mest ekstreme utslag av lidelser som en hensynsløs krigføring kan medføre.³ Folkerettens regler om selvforsvar – herunder en rett til preventivt selvforsvar – regulerer statenes rett til å gå *til krig* (ius ad bellum) og omhandler vilkårene for når en krig er lovlig.

For det andre avgrenser vi mot folkerettens regler om humanitær intervensjon. Med humanitær intervensjon menes en eller flere staters militære inngripen i en annen stat, for å verne om grunnleggende menneskerettigheter. En humanitær intervensjon innebærer altså et militært innrykk på en annen stats territorium i hensikt å beskytte denne statens borgere mot overgrep fra egne styresmakter.⁴ Diskusjonen om retten til preventivt selvforsvar gjelder derimot militære angrep som utøves i hensikt å beskytte

³ Ruud/Ulfstein: Innføring i folkerett (2002), s. 260-261.

⁴ Ibid. s. 186 flg

egne borgere og eget territorium mot militære angrep. Det er nettopp dette som ligger i begrepet *selforsvar*.

En tredje avgrensning må gjøres mot militære inngrep på en annen stats territorium, som iverksettes i hensikt å beskytte egne statsborgere som oppholder seg der. Tidligere ble slike intervensjoner ansett som en del av retten til selforsvar. Dette synet er i dag forlatt, og følgelig faller slike aksjoner utenfor denne oppgaven.

En fjerde avgrensning må gjøres mot FN-paktens regler om Sikkerhetsrådets kompetanse til å beslutte bruk av militær makt, jfr. kapittel VII. Sikkerhetsrådet kan med hjemmel i Art. 42 beslutte bruk av militære maktmidler - også ut fra rene preventive hensyn. I det følgende er det imidlertid spørsmålet om hvorvidt *statene* har en slik rett som skal behandles. Det vil si om statene, på grunnlag av egen situasjonsvurdering, kan gripe til våpen for å hindre fremtidige angrep. Reglene i Paktens kapittel VII vil likevel bli behandlet i den grad de er egnet til å belyse rekkevidden av regelen i Pakten Art. 51.

Det presiseres avslutningsvis at det ikke er retten til selforsvar i sin alminnelighet som er oppgavens tema. Retten til tradisjonelt selforsvar, dvs. militære motangrep, er et ubestridt institutt under dagens folkerett. Vi vil i det følgende bare behandle vilkårene for tradisjonelt selforsvar der dette er hensiktsmessig for å belyse rekkevidden av en rett til preventivt selforsvar.

3 Folkerettens metode og rettskilder

Før vi går nærmere inn på den sentrale problemstillingen, ser vi det hensiktsmessig å først gjøre rede for rettskildesituasjonen i folkeretten, samt se nærmere på Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969. Dette vil gjøres relativt kort. Vi vil også se nærmere på effektivitetsprinsippet og det restriktive tolkningsprinsipp.

3.1 Statuttene for Den internasjonale Domstol, 26. juni 1945

I statuttene for Den internasjonale domstolen i Haag (Statuttene), er det gitt bestemmelser om Den internasjonale Domstols (ICJ) organisering, kompetanse og prosedyre. Av særlig betydning i vår sammenheng er art. 38 (1), som gir en anvisning på hvordan ICJ skal anvende de sentrale rettskildene. Formelt er bestemmelsen bare rettslig bindende for ICJ, men den blir i dag ansett for å gi et alminnelig uttrykk for rettskildebildet i folkeretten. Art. 38 (1) har følgende ordlyd:

"The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States;*
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;*
- c. the general principles of law recognized by civilized nations;*
- d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law."*

Bestemmelsen er ikke ment å gi en uttømmende oppregning av folkerettens rettskilder. Ei heller er dens oppbygning, bokstav a-d, ment å angi et hierarkisk forhold mellom rettskildefaktorene. Det er likevel ingen tvil om at konvensjoner/traktater og sedvanerett, jfr. bokstav a og b, er de to mest sentrale rettskildene i folkeretten. Dette kan begrunnes i at disse rettskildene er de eneste som er rettslig bindende for statene. Traktater og konvensjoner er bindende for alle stater som ratifiserer dem, mens

sedvaneretten er bindende for alle verdens stater.⁵ Det er derfor naturlig å ta utgangspunkt i relevante konvensjoner/traktater og eventuelt anvende sedvaneretten dersom slike konvensjoner/traktater ikke finnes.

Også "general principles of law", jfr. bokstav c, er en selvstendig rettskilde i folkeretten.⁶ Med alminnelige rettsprinsipper menes prinsipper som er utbredt i de ulike lands nasjonale rett uten at det er et krav at absolutt alle stater anvender prinsippet.

Prinsippet må imidlertid være egnet for overføring fra nasjonal rett til folkerett.

Rettspraksis og juridisk teori, jfr. bokstav d, er i all hovedsak bare å anse som supplerende tolkningsmomenter. Disse kildene er å anse som subsidiære, jfr. "subsidiary means". At rettspraksis kun er angitt som en subsidiær rettskilde, er en konsekvens av regelen i Statuttenes Art. 59 hvor det understrekes at rettsavgjørelser fra ICJ kun er bindende mellom partene i den aktuelle tvisten. Det er imidlertid vanlig at ICJ både henviser direkte til sine tidligere avgjørelser og også legger betydelig vekt på dem.⁷

Dette sikrer konsekvens og forutberegnelighet. Når det gjelder juridisk teori er dette en subsidiær rettskilde fordi ICJ ikke skal føle seg bundet av uttalelser i juridisk litteratur. Synspunkter utviklet i teorien kan likevel ha stor faktisk gjennomslagskraft.

Rettspraksis og juridisk teori påberopes i all hovedsak som støtteargumenter, men kan også gi et rettslig utgangspunkt for løsningen av nye rettsspørsmål.

Hvilken adgang det er til å legge vekt på reelle hensyn fremgår ikke av Statuttene Art. 38. Med reelle hensyn menes vurderinger av om innholdet i en rettsregel, evt. løsningen av et enkeltspørsmål, er rimelig og rettferdig, fremmer akseptable verdier, om regelen vil fungere godt osv. Reelle hensyn kan imidlertid inngå i vurderingen av om det eksisterer en sedvanerett og evt. hvilket innhold denne har. Dessuten kan reelle hensyn i seg selv utgjøre alminnelige rettsgrunnsetninger, jfr. bokstav c, og de kan være relevante tolkningsmomenter ved tolkning av traktater. ICJ har flere ganger vist til reelle hensyn i begrunnelsen for sine avgjørelser.⁸

⁵ Sedvaneretten behandles nærmere under kap. 6.

⁶ Alminnelige rettsprinsipper legges sjelden til grunn som en selvstendig rettskilde av ICJ og andre folkerettsdomstoler. Selv om alminnelige rettsprinsipper ikke er angitt som en subsidiær rettskilde blir de normalt bare anvendt som et av flere tolkningsargumenter.

⁷ ICJ viser også til avgjørelser avsagt av andre folkerettsdomstoler og voldgiftsdomstoler. Det er dessuten vanlig at ICJ viser til rådgivende uttalelser avgitt til FN eller en av FNs særorganisasjoner.

⁸ I ICJ Rep. 1949 s. 4 bygde ICJ bl.a. på "elementary considerations of humanity" da den fant at Albania hadde plikt til å gjøre oppmerksom på miner som var utlagt i dens farvann. I saker om avgrensning av kontinentalsokler og 200 miles økonomiske soner etter folkerettslig sedvanerett har ICJ bygd på "equitable principles", dvs. rimelighetsprinsipper.

I Statuttenes Art. 38 (2) er ICJ gitt adgang til å løse rettsspørsmål på grunnlag av *ex aequo et bono*", hvor hensikten nettopp er å anvende rimelighet istedenfor rettsregler. Dette er imidlertid ikke en anvisning på at rimelighetsvurderinger skal anses som en av flere rettskildefaktorer, men en hjemmel for at partene i en tvist kan enes om at tvisten skal løses på grunnlag av rimelighet istedenfor etter gjeldende rettsregler. Bestemmelsen er av mindre betydning og har ennå ikke blitt anvendt i praksis.

3.2 Wienkonvensjonen om traktatretten, 23. mai 1969

Reglene om traktater er av sedvanerettslig opprinnelse. I Wienkonvensjonen om traktatretten (traktatrettskonvensjonen) finner vi regler om inngåelse, tolkning og opphør av traktater. Konvensjonen bygger på et utkast utarbeidet av FNs folkerettskommisjon, og er i stor grad en kodifisering av sedvanerett. Den vil derfor kunne anvendes også overfor nasjoner som ikke har ratifisert den, herunder Norge. I Art. 5 heter det at dens bestemmelser "applies to any treaty which is the constituent instrument of an international organization..." Inn under denne ordlyden faller følgelig Pakten. Det følger imidlertid av konvensjonens Art. 4 at den ikke gis tilbakevirkende kraft, dvs. at den ikke skal anvendes på traktater sluttet før dens ikrafttredelse (27. januar 1980). Pakten ble underskrevet i 1945 og faller i utgangspunktet utenfor konvensjonens anvendelsesområde. Når det gjelder reglene i Art. 31-33 om tolkning av traktater, er disse imidlertid ansett å være folkerettslig sedvanerett.⁹ ICJ viser ofte til disse tolkningsreglene, og synes ikke å skille mellom traktater sluttet før og etter 1980. Traktatrettskonvensjonen Art. 31-33 kan følgelig anvendes ved tolkning av Paktens bestemmelser. Vi vil gå nærmere inn på de konkrete tolkningsreglene under analysen av Pakten Art. 51, jfr. kap. 5.

3.3 Ulovfestede folkerettslige tolkningsprinsipper¹⁰

Den nevnte traktatrettskonvensjonen inneholder ikke en uttømmende regulering av reglene for traktattolkning. Det finnes flere ulovfestede tolkningsprinsipper som har en sentral posisjon innen folkerettslig metode. Av særlig betydning er det såkalte effektivitetsprinsippet. Under forberedelsene til traktatrettskonvensjonen ble det

⁹ ICJ Rep. 1997 s. 7, para. 46: "The Court has no need to dwell upon the question of the applicability in the present case of the Vienna Convention of 1969 on the law of treaties. It needs only to be mindful of the fact that it has several times had occasion to hold that some of the rules laid down in that Convention might be considered as a codification of existing customary law."

¹⁰ Ruud/Ulfstein: Innføring i folkerett (1998), s. 67-68.

uttrykkelig sagt at dette var et akseptert tolkningsprinsipp.¹¹ Prinsippet innebærer at man ved tolkningen av en traktat skal ha dens formål for øyet og at man ved tolkningstvil skal velge det tolkningsalternativet som i størst mulig grad effektiviserer dette formålet. ICJ har anvendt effektivitetsprinsippet ved tolkning av FNs kompetanse hvor Pakten ikke gir noen uttrykkelig løsning, men også ved tolkning av andre traktater har prinsippets betydning blitt understreket.¹² Under pkt. 5.6 ser vi nærmere på hvordan effektivitetsprinsippet innvirker på tolkningen av Pakten Art. 51.

Effektivitetsprinsippet må imidlertid anvendes med forsiktighet. Folkeretten bygger på en samling av folkerettslige avtaler og statene skal som følge av suverenitetsprinsippet, jfr. kap. 4, ikke underkastes andre eller mer omfattende regler enn det de selv har akseptert som bindende for seg, samt de regler som eventuelt følger av folkerettslig sedvanerett.

Mens effektivitetsprinsippet altså kan medføre at statene blir underkastet strengere og mer omfattende plikter enn hva som følger av ordlyden i en traktatbestemmelse, tar det restriktive tolkningsprinsipp sikte på å opprettholde respekten for statenes suverenitet. Prinsippet tilsier at man ved tolkningstvil skal velge en innskrenkende tolkning av ordlyden, for å unngå en mulig konflikt med suverenitetsprinsippet.

¹¹ YBILC 1966-II s. 219; "When a treaty is open to two interpretations one of which does and the other does not enable the treaty to have appropriate effects, good faith and the objects and purposes of the treaty demand that the former interpretation should be adopted."

¹² ICJ Rep. 1994 s. 6 para. 51: "Any other construction would be contrary to one of the fundamental principles of interpretation of treaties, consistently upheld of international jurisprudence, namely that of effectiveness."

4 Suverenitetsprinsippet og begrepet "preventivt selvforsvar"

Et kjennetegn ved folkeretten er at den er såkalt mellomstatlig. Grunnpilarene for et internt rettssystem, lovgivnings-, doms-, og tvangsmyndighet, er ikke i like stor grad utbygd i folkeretten. Årsaken til dette er at suverenitetsprinsippet begrenser mulighetene til å pålegge stater plikter mot sin vilje fordi de er suverene. Prinsippet må imidlertid modifiseres noe for at det overhodet skal eksistere en folkerett. En konsekvens av suverenitetsprinsippet er at statene står fritt til å avstå deler av sin lovgivende makt ved å inngå folkerettslige avtaler. Dessuten vil internasjonal sedvanerett utgjøre en begrensning, idet sedvaneretten er bindende for alle stater uten hensyn til om de eksplisitt har akseptert denne som bindende for seg.

Prinsippet innebærer videre at statene i utgangspunktet ikke er bundet av en internasjonal domsmyndighet. Dette betyr at en stat bare kan bringe en sak inn for et internasjonalt tvisteløsningsorgan dersom partene i saken aksepterer domstolens kompetanse. Som oftest vil imidlertid traktatene inneholde egne klausuler om tvisteløsning, som de kontraherende parter er forpliktet til å følge. For Paktens vedkommende er medlemslandene bundet av avgjørelser truffet av ICJ samt av Sikkerhetsrådets resolusjoner, jfr. Pakten kapittel XIV.

Folkeretten savner også et sentralt håndhevingsorgan som kan sette makt bak kravene og tvangsgjennomføre lovlig fattede vedtak. I all hovedsak er det lagt opp til at hver enkelt stat selv må søke gjennomføring av sine krav. Det nærmeste man kommer et folkerettslig håndhevingsorgan er Paktens regler om kollektiv rettsåndhevelse etter kapittel VII. Sikkerhetsrådet er gjennom disse reglene gitt kompetanse til å forplikte sine medlemsstater til å gjennomføre både fredelige og militære tiltak etter Sikkerhetsrådets resolusjoner.

I forlengelsen av prinsippet om suverenitet, ligger statenes rett til selvforsvar. Dersom en stats suverenitet blir angrepet, har den rett til å anvende makt for å beskytte sin uavhengighet. Retten til selvforsvar er situasjonsavhengig og er i hovedsak begrenset til å slå tilbake et væpnet angrep. Retten til selvforsvar følger både av traktat og sedvane.¹³

¹³ Om de ulike rettsgrunnlag under kap. 5 og 6.

Den sentrale problemstillingen i denne oppgaven er imidlertid om det eksisterer en rett til *preventivt* selvforsvar. Kjernen i dette begrepet er at en stat angriper før et eventuelt anslag mot denne staten ennå foreligger. Hensikten med et slikt første angrep vil være å svekke effekten av det forestående angrepet, eller i beste fall å avverge dette.

Det følger av begrepet preventivt selvforsvar at en eventuell rett vil sortere under begrepet selvforsvar og at rene invasjonsanslag derfor ikke omfattes. Det problematiske med begrepet er at det utøves et selvforsvar mot en handling som ennå ikke er foretatt.

Det kan derfor stilles spørsmål om begrepet egentlig innebærer en selvmotsigelse.

Dersom man utøver et såkalt preventivt selvforsvar, vil ikke dette utløse retten til selvforsvar på den annens hånd? I situasjoner hvor preventivt selvforsvar er aktuelt, vil det ofte bare være et tidsspørsmål før en eventuell krig bryter ut. I slike tilfeller foreligger det sterkt motstridende interesser. På den ene siden kan det virke for enkelt å gå til angrep først. På den andre siden er det urimelig å forlange at en stat skal forholde seg passiv, dvs. avvente fiendens angrep uten selv å foreta seg noe. Problemet vil ofte være å sikkert kunne forutse den annen stats intensjoner. En viss usikkerhet vil det alltid foreligge, også når det synes veldig klart at det bygger opp til strid. Shaw peker på dette usikkerhetselementet og sier at grensen mellom selvforsvar og aggressivitet i beste fall er uklar.¹⁴

Begrepet ”preventivt selvforsvar” har i ulike sammenhenger blitt ikledd andre former.

Blant annet er det forsøkt å sette opp et skille mellom antesipert selvforsvar (anticipatory self-defence) og avvergende selvforsvar (interceptive self-defence).¹⁵

Antesipert selvforsvar foreligger når et væpnet angrep kan forutses, mens avvergende selvforsvar foreligger når det væpnede angrepet er umiddelbart forestående og uunngåelig. Ifølge denne teorien vil begge former for selvforsvar i prinsippet være lovlig, men det stilles forskjellige beviskrav. Dersom selvforsvaret er avvergende er det ventede angrepet uunngåelig og så nært forestående i tid at man ikke stiller veldig strenge beviskrav. På den måten tvinges ikke den truede staten til å velge mellom å bryte folkerettens regler eller å måtte tåle det ventede angrepet. Ved antesipert selvforsvar er det strengere beviskrav og det er dessuten den staten som er truet, som har

¹⁴ Shaw: International Law, 2000 s. 790: ”A pre-emptive strike embarked upon too early might constitute an aggression. There is a difficult line to be drawn.”

¹⁵ Ibid. s. 790 og Ruud/Ulfstein: Innføring i folkerett (2002), s. 179. Også Bothe synes å bruke begrepet ”antesipert selvforsvar” i sin artikkel ”Terrorism And The Legality of Pre-Emptive Force”.

byrden med å påvise den annen stats krigerske intensjoner.¹⁶

USA har i den siste tiden søkt å utvide begrepet preventivt selvforsvar. Nåværende president Bush hevder at USA har en uinnskrenket rett til å beskytte sine egne interesser, om nødvendig ved bruk av militær makt. Ifølge Bush foreligger ikke denne retten bare i situasjoner hvor et angrep er nært forestående. Ifølge den tidligere omtalte "Bush-doktrinen" er USA også berettiget til å tilintetgjøre regimer som i fremtiden kan tenkes å gjøre anslag mot amerikanske interesser. Dette må sies å utgjøre et markant brudd med tidligere internasjonal forsvars- og sikkerhetspolitikk. Under slike omstendigheter kan det vanskelig snakkes om et preventivt *selvforsvar*, men snarere om et preventivt *angrep*. I tidligere praksis er det lagt til grunn at makt bare kan brukes under selvforsvar, dvs. som svar på væpnet angrep (evt. et umiddelbart forestående angrep). Ser man nærmere på Bush' henvendelser til FN, kan det synes som om han hadde klare underliggende intensjoner med denne begrepsutvidelsen. USA ønsket støtte i Sikkerhetsrådet før de gikk inn i Irak, men anså ikke en slik støtte for å være en absolutt nødvendighet. Bush gjorde det klart at de primært ville handle gjennom FN, men fremhevet samtidig at FN måtte handle i tråd med USA vilje. Dersom Sikkerhetsrådet hadde støttet USAs angrepsplan, ville FN faktisk ha bidratt til å senke terskelen for lovlig bruk av militær makt og herunder akseptert et utvidet selvforsvarsbegrep.

I den nevnte "National Security Strategy of the United States of America" synes prinsippene som ble utviklet i etterkant av Caroline-saken,¹⁷ å bli fremstilt som gjeldende rett. Videre i planen sies det likevel at USA som følge av økende terrorisme og utviklingen av masseødeleggende våpen, som kan drives i det skjulte og brukes uten forvarsel, i fremtiden forbeholder seg retten til å handle preventivt.¹⁸ Av ordbruken tyder det på at Bush bevisst ikke bruker selvforsvar, men i stedet benytter seg av den mer vage termen handling ("action"). Det kan virke som om dette er strategien for å utvide anvendelsesområdet for preventivt selvforsvar, til også å gjelde handlinger av mer aggressiv karakter. Det er på det rene at en praktisering av denne politikken kan

¹⁶ Shaw synes også å mene at et slikt skille vil være mer i samsvar med den sedvanerettslige retten til selvforsvar slik den fremstår i Caroline-saken, jfr. kap.6. De kravene som fremgår der vil være i tråd med de kravene som stilles etter reglene om avvergende selvforsvar.

¹⁷ Jfr. kap. 6.

¹⁸ NSS pkt. V hvor det fremheves at "the greater the threat, the greater the risk of inaction – and the more compelling the case for taking anticipatory action to defend ourselves, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy's attack."

stride mot folkerettens regler. Preventive anslag for å forebygge angrep som antas å bli iverksatt en gang i fremtiden, kan vanskelig karakteriseres som selvforsvar. Hvorvidt denne praksisen på sikt kan danne opinio juris og således utvikle seg til å bli sedvane, gjenstår å se. Vi kommer tilbake til dette under kap. 8.

Som det fremgår av fremstillingen over, brukes det ulike termer om det noenlunde samme fenomenet. Man kan imidlertid ikke fastslå rettsregelens innhold utelukkende på basis av hvilken term man benytter seg av. Når USA tilsynelatende søker å utvide retten til preventivt selvforsvar ved å bruke mer nøytrale uttrykk, er ikke dette nødvendigvis et uttrykk for gjeldende rett. I det følgende bruker vi termen ”preventivt selvforsvar” i sin tradisjonelle betydning.¹⁹

¹⁹ I denne oppgaven benytter vi i hovedsak termen ”preventivt selvforsvar”, som i utgangspunktet omfatter både antasipert og avvergende selvforsvar. Dette med mindre det henvises til artikler/litteratur der andre termer blir brukt.

5 FN-pakten Art. 51 – hjemmel for preventivt selvforsvar?

5.1 Det rettslige utgangspunkt; Maktforbudet

Det altoverskyggende utgangspunkt i folkeretten er suverenitetsprinsippet. Enhver stat er suveren og ingen annen stat eller organisasjon kan legge rettslige bånd på en suveren stat. Dersom en stat skal anses forpliktet utover den allment aksepterte sedvaneretten, må derfor plikter og rettigheter traktatfestes for å få gyldighet. Med dette som bakgrunn, vil vi i de neste avsnittene ta for oss noen forsøk på å traktatfeste et generelt maktforbud.

Først ved overgangen fra det 19. århundret ser man spede forsøk på å traktatfeste et forbud mot å bruke makt mot andre stater. Før den tid hadde krig mer eller mindre vært den eneste måten å løse konflikter på. Internasjonale fora eksisterte ikke i samme grad som i dag. Problemet med å traktatfeste et slikt maktforbud var den historiske ”retten” som statene hadde til å gå til krig, kombinert med en generell motvillighet fra stater til å forplikte seg. På den annen side førte mer moderne og effektive våpen til at ødeleggelsene og lidelsene ble verre utover det 20. århundret. Utviklingen av det som vi i dag kaller masseødeleggelsesvåpen gjorde også at slagmarken ble utvidet og at de sivile tap etter hvert ble massive. Man kan se en parallell i den økende oppslutningen rundt et generelt maktforbud og den raske utviklingen innen våpenteknologien. Etter Den andre verdenskrig kulminerte dette i FN-pakten og dens Art. 2 (4).

Det første forsøket på å innføre et maktforbud var ved Fredskonferansene i Haag i 1899 og 1907. Forbudet som finnes i den andre Haag-konvensjonen av 18. oktober 1907 Art. 1 (1) er imidlertid meget begrenset og er ikke absolutt. Bestemmelsen regulerer muligheten til å bruke væpnet makt ved inndrivelse av kontraktsmessig gjeld. Anvendelsesområdet er således meget snevert og det går videre frem at dersom skyldnerstaten avslår et voldgiftstilbud eller nekter å godta voldgift, får ikke forbudet anvendelse, jfr. Art. 1 (2).

Et nytt forsøk på å traktatfeste et maktforbud, finner man i Folkeforbundspakten fra 28. april 1919 (The Covenant Of The League Of Nations), se Art. 10, jfr. Art. 12, 13 og 15. Men heller ikke dette er et generelt og absolutt forbud. Art. 12 sier bare at partene forplikter seg til å ikke bruke makt de tre første månedene etter en voldgiftsavgjørelse

var avsagt. Dette var ment som en ”nedkjølingsperiode” eller en ”tenkepause” som skulle sørge for at situasjonen kunne roe seg. Også Art. 13 (4) og 15 (6) forsøker å begrense adgangen til å bruke makt, men disse fungerte sjelden i praksis. USA var aldri medlem av Folkeforbundet og Sovjet, Tyskland, Japan og Italia var medlemmer for bare en kortere periode. Forbundspakten fikk derfor ikke den helt store betydning. Geneve-Protokollen av 1924 skulle avhjelpe svakhetene ved Folkeforbundspakten. Her stiller Art. 2 opp et mer generelt forbud mot bruk av makt, med unntak for utøvelse av selvforsvar og ved kollektive militære operasjoner. Denne protokollen ble derimot aldri rettslig bindende og også denne fikk derfor en meget begrenset betydning.

Et generelt forbud ble først oppstilt i ”Treaty of renouncement of recourse to war” (Briand-Kellogg-pakten) av 27. august 1928. Art. 1 representerer et veiskille fra friheten til å erklære krig, mot et mer generelt forbud mot å anvende makt. De fleste nasjonene undertegnet traktaten, med unntak for enkelte latinamerikanske land. Disse landene er derimot bundet av Saavedra Lamas Traktaten av 10. oktober 1933, som hadde tilsvarende ordlyd.²⁰ Traktaten ble fort ansett som gjeldende sedvanerett på området og er dermed også gjeldene rett i dag. Etter ordlyden i Art. 1 gjelder det et absolutt forbud mot å gå til krig for å avgjøre internasjonale konflikter, men det antas at det må gjelde en del begrensninger i forbudet. Disse unntakene antas også og følge at Pakten Art. 2 (4).

I forhold til Briand-Kellogg-pakten, er Pakten Art. 2 (4) en utvidelse av maktforbudet, siden denne forbyr maktbruk og ikke bare krig. Art. 2 (4) lyder:

”All members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”

Den praktiske betydningen av denne utvidelsen er at stater ikke skal kunne omgå bestemmelsen ved å argumentere at krig formelt sett ikke er erklært. Også enkelttilfeller av maktbruk faller inn under bestemmelsen. Videre forbyr den ikke bare faktisk bruk av makt, men også trusler om bruk av makt. Disse faktorene, samt at brudd på forbudet kan sanksjoneres gjennom bestemmelsene i Pakten kapittel VII, gir bestemmelsen en langt større gjennomslagskraft enn det de tidligere forsøk klarte.

²⁰ Simma: The Charter of The United Nations Vol. I, s. 116.

Grensene for hvor langt dette forbudet rekker, er likevel noe uklare. Tolker man Art. 2 (4) strengt etter dens ordlyd, kan det synes som om forbudet får anvendelse kun dersom maktbruken retter seg mot den annen stats territorielle integritet eller politiske uavhengighet eller på noen annen måte som er i strid med FNs formål. Dersom man anlegger en slik restriktiv tolkning av forbudet, åpnes det for at nasjoner kan intervenere på for eksempel humanitært grunnlag eller utføre oppdrag under militær regi i andre land for å beskytte sine egne borgere.

En annen måte å forstå forbudet på, er ved å tolke det utvidende. Art. 2 (4) tolkes da i sammenheng med resten av Pakten og særlig da i lys av formålet, som er å opprettholde internasjonal fred og sikkerhet, jfr. fortalen. Denne måten å forstå bestemmelsen på, tilsier at Art. 2 (4) er et tilnærmet absolutt voldsforbud. Ruud/Ulfstein anlegger en slik synsvinkel og hevder at dersom man åpner for maktbruk i noen tilfeller, vil dette vanne ut artikkelens betydning. Det vil ifølge forfatterne oppstå et problem i å fastslå hvem som skal avgjøre hvilke formål maktutøveren har hatt og om disse er akseptable.²¹

Det er imidlertid klart at bruk av makt er tillatt i visse tilfeller. Pakten åpner selv for dette i to tilfeller; ved selvforsvar (Art. 51) og etter beslutning av Sikkerhetsrådet (kapittel VII). For denne oppgavens vedkommende vil unntaket i Art. 51 være særlig aktuelt, idet enkeltstater her gis en rett til å anvende makt uten først å få tildelt kompetanse av Sikkerhetsrådet. Det har også vært hevdet at det i tillegg til de to eksplisitte unntakene som nevnes i Art. 2 (4) også gjelder andre unntak. Særlig det tidligere Sovjet hevdet at sosialismen ga grunnlag, og i en del tilfeller også plikt, for Sovjet til å gripe inn i andre staters anliggende.²²

Ordlyden i Art. 2 (4) forbyr bruk av eller trusler om bruk av makt. For å fastlegge grensene for hvor langt bestemmelsen rekker, blir det da av vesentlig betydning å avklare begrepet ”makt”.²³ Maktbegrepet kan strekkes forholdsvis langt, i alle fall i teorien, men begrepet må tolkes i samsvar med fortalen. Paragraf syv i fortalen setter som mål å forby ”militær makt” og det synes best i samsvar med dette å tolke maktbegrepet i Art. 2 (4) på samme måte.²⁴ Kjerneområdet for maktbegrepet er militær

²¹ Ruud/Ulfstein: Innføring i folkerett (1998), s. 165.

²² Simma: The Charter of The United Nations Vol. I, s. 129. Se for eksempel Brezhnev-doktrinen; denne sa at Sovjet kunne intervenere andre sosialistiske land dersom sosialismen i dette landet var truet. Dette synes derimot å være direkte i strid med ordlyden i Pakten Art 2 (4) som forbyr maktbruk mot et lands politiske uavhengighet.

²³ Ibid s. 117 flg.

²⁴ Se også Art. 44 som synes å likestille ”makt” med ”militær makt”.

makt eller makt som kan likestilles med slik makt, det som kan kalles indirekte maktbruk. Dette betyr at politisk eller økonomisk press faller utenfor bestemmelsen. Dette har også gode grunner for seg. Dersom slik ”maktbruk” skulle falle inn under maktforbudet, ville statenes muligheter til å påvirke andre stater reelt sett være forholdsvis små.²⁵ Den indirekte maktbruken omfatter først og fremst paramilitære eller leiesoldater og støtte til slike opprørsgrupper. Generalforsamlingen vedtok i 1970 resolusjonen ”Friendly Relations Declaration”²⁶ som i Art. 8 og 9 sier at alle stater har plikt til å avstå fra å organisere, delta i eller støtte opprørsstyrker (herunder leiesoldater) som opererer i andre land, eller som oppholder seg på eget territorium med hensikt å innta andre land. ICJ henviser til denne resolusjonen i Nicaragua-saken²⁷ for å fastlegge omfanget av maktforbudet i Art. 2 (4). ICJ påpekte også at ikke enhver støttehandling fra USA utgjorde maktbruk.²⁸

Videre sier Art. 2 (4) at medlemsstatene skal avstå fra å bruke makt mot en annen stats territoriell integritet, politiske uavhengighet eller på noen annen måte som strider mot FNs formål. Dersom man anlegger en bred tolkning, betyr det at disse termene ikke begrenser maktforbudet til de nevnte relasjoner. Dette synes å være den rådende holdning.²⁹ Passusen ”integrity” tolkes som ”inviolability” og må ses i sammenheng med suverenitetsprinsippet. Dermed får man et maktforbud som rammer enhver form for territoriell krenkelse.³⁰ De former for maktbruk som ikke faller inn under en av de to førstnevnte termene, vil bli fanget opp av passusen ”in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.” Maktforbudet er derfor tilnærmet absolutt, og er i utgangspunktet bare begrenset av de eksplisitte unntakene som Pakten selv setter opp. Dette er som nevnt maktbruk sanksjonert av Sikkerhetsrådet etter Paktens kapittel VII og bruk av makt under utøvelse av selvforsvar etter Paktens Art. 51. For denne oppgavens vedkommende er det unntaket i Art. 51 som er av interesse.

²⁵ Mindre stater og østblokk-landene har argumentert for at maktforbudet også omfatter særlig økonomisk press. En slik tolkning kan nok gi ekstra beskyttelse for økonomisk vanskeligstilte nasjoner overfor stormakter, men har neppe særlig støtte i ordlyden.

²⁶ GA Res. 2625 (XXV).

²⁷ ICJ Rep. 1986 s. 14 para. 188.

²⁸ ICJ Rep. 1986 s. 14 para. 242.

²⁹ Bekreftende: Ruud/Ulfstein: Innføring i folkerett (2002), s. 165 og Simma: The Charter of The United Nations Vol. I, s. 123-124 m/henvisninger.

³⁰ Simma: The Charter of the United Nations Vol. I, s. 123.

5.2 Generelt om FN-pakten Art. 51

Pakten Art. 51 slår uttrykkelig fast medlemsstatenes rett til å forsvare seg mot væpnede angrep. Foruten reglene om Sikkerhetsrådets kompetanse etter Paktens kapittel VII, er Art. 51 den eneste hjemmelen for en lovlig bruk av militær makt under folkeretten.

Retten til selvforsvar er et direkte utslag av folkerettens grunnleggende suverenitetsprinsipp. Blir en stats suverenitet krenket gjennom et væpnert angrep, gir dette den krenkede staten en rett til å forsvare seg. Art. 51 hjemler både individuelt og kollektivt selvforsvar. Med individuelt selvforsvar menes forsvar som utøves av den angrepne staten alene. Et kollektivt selvforsvar innebærer en adgang for stater som ikke selv er blitt angrepet, til å bruke militære maktmidler til forsvar for en annen stat.

Regelen om kollektivt selvforsvar blir gjerne anført som det rettslige grunnlaget for såkalte regionale forsvarsallianser, som f.eks. NATO.³¹ Det er imidlertid ikke et krav om at en slik forsvarsallianse/avtale må foreligge i forkant av angrepet, for at en rett til kollektivt selvforsvar skal oppstå. Det er imidlertid gitt uttrykk for at en utøvelse av kollektivt selvforsvar er betinget av at det foreligger en faktisk anmodning om dette fra den angrepne staten, jfr. Nicaragua-saken.³²

Retten til selvforsvar etter Pakten Art. 51 er altså begrenset til de tilfeller hvor det foreligger et væpnert angrep. I bestemmelsens andre punktum legges det imidlertid ytterligere begrensninger på denne retten. Det heter her at retten til selvforsvar bare gjelder "until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security". Denne begrensningen har sitt utspring i den idealistiske grunntanken som ligger bak Paktens regelverk, nemlig at internasjonal maktanvendelse til opprettholdelse av fred og sikkerhet skulle forbeholdes FN.³³

At Pakten hjemler en rett for medlemsstatene til å forsvare seg mot væpnede angrep følger altså direkte av ordlyden i Art. 51. Hvilket innhold denne retten har, og under hvilke omstendigheter den oppstår, er derimot svært omdiskutert.

I det følgende vil regelen i Art. 51 første punktum og vilkårene for når en rett til selvforsvar foreligger underkastes en grundig juridisk analyse. Analysen vil i all hovedsak konsentreres rundt begrepet "armed attack". Det vil imidlertid ikke gis en

³¹ Atlanterhavspakten Art. 5 inneholder en uttrykkelig henvisning til Pakten Art. 51 og slår fast at et væpnert angrep mot en eller flere av NATOs medlemsland i Europa eller Nord-Amerika, skal betraktes som et angrep mot dem alle.

³² ICJ Rep. 1986 s. 14, para. 195. Mer om denne saken under pkt. 5.9.

³³ Bring: FN-stadgan och världspolitiken. Om folkrätten i en föränderlig värld, s. 156.

generell vurdering av hvilke typer handlinger som faller inn under begrepet, og som altså berettiger et selvforsvar. Det sentrale spørsmålet er om Art. 51 utelukkende gir hjemmel for utøvelse av selvforsvar når det faktisk foreligger et "armed attack", eller om også trusler om et slikt angrep, eventuelt en fare for fremtidige angrep, kan forstås å gi samme rett. Hovedmålet med analysen er således å finne ut om det finnes holdepunkter og argumenter for en utvidende tolkning av Art. 51, slik at den også hjemler en adgang til å utøve selvforsvar i forkant av et væpnet angrep.

5.3 Ordlyd

Art. 51 første punktum har følgende ordlyd;

"Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and Security."

Som det følger direkte av ordlyden oppstår retten til selvforsvar "if an armed attack occurs". Det er således eksistensen av et væpnet angrep som utgjør grunnvilkåret for retten til å utøve selvforsvar. Et viktig utgangspunkt for drøftelsen blir derfor å klargjøre den nærmere betydningen av begrepet "armed attack".

Det følger av traktatrettskonvensjonen Art. 31 nr. 1 at det ved tolkningen av en traktatbestemmelse skal tas utgangspunkt i "the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty". Pakten inneholder ingen nærmere definisjon av begrepet "attack",³⁴ så som et utgangspunkt kan det være til hjelp å finne den grammatikalske betydningen av begrepet.³⁵ Det er naturlig å forstå begrepet "attack" som en aktiv handling rettet mot et bestemt mål, for å skade og derved overvinne motstand. En objektiv forståelse av uttrykket innebærer dermed at verken trusler om angrep, eller en fare for et fremtidig angrep, omfattes av begrepet "attack" i sin egentlige forstand. Spørsmålet som det må tas stilling til i det følgende, er derfor om det finnes noen rettslige holdepunkter for en utvidende tolkning av begrepet.

³⁴ Om definisjonen av "aggression" under pkt. 5.4.

³⁵ I The new Webster's encyclopedic dictionary blir "attack" definert slik; "to set upon in a forceful, violent, hostile, or aggressive way, with or without a weapon", "to begin hostilities against or start an offensive against".

Videre i traktatrettskonvensjonen Art. 31 nr. 1 heter det at det enkelte begrep må leses i sin rette sammenheng, jfr. "in their context". Dette innebærer at begrepet "armed attack" ikke skal tolkes isolert, men i lys av den resterende teksten i Art. 51 og i lys av Pakten i sin helhet. I første omgang skal vi utelukkende se på regelen i Art. 51 slik den står alene.

Ser man på uttrykket "armed attack" slik det fremstår i sin umiddelbare sammenheng, er ordlyden "..... if an armed attack occurs". Etter ordlyden er det således bare et faktisk foreliggende væpnet angrep som utløser en rett til selvforsvar. Bestemmelsen nevner verken trusler om væpnede angrep eller fare for fremtidige angrep i denne sammenheng. En naturlig forståelse av bestemmelsen er følgelig at slike situasjoner ikke skal utløse den samme retten til selvforsvar.

Det kan imidlertid stilles et spørsmål om hvorvidt bestemmelsen er ment å være uttømmende med hensyn til hvilke omstendigheter som skal utløse retten til selvforsvar. Skal bestemmelsen leses som "hvis, og bare hvis" det foreligger et væpnet angrep, så foreligger det en rett til selvforsvar? Eller skal man anta at dette bare er en uheldig formulering, og at det altså ikke var meningen å begrense retten til selvforsvar på denne måten. Tilhengerne av en utvidende tolkning hevder det sistnevnte. De forsvarer dette ved å vise til hvilken absurd regel en slik ren bokstavtolkning i så fall ville medføre.³⁶

Det følger nemlig av ordlyden at retten til selvforsvar bare oppstår hvis det foreligger et væpnet angrep "against a member". Dersom man tar bestemmelsen på ordet, innebærer dette at selvforsvar ikke kan utøves til fordel for en stat som ikke er medlem av FN. Det er imidlertid sikker rett at bestemmelsen ikke skal leses med en slik begrensning. Dette begrunnes i at det i 1945 var forventet at alle verdens stater i løpet av kort tid ville bli medlemmer av FN, og at uttrykket "member" derfor ikke ville utgjøre en begrensning. Uoverenstemmelsen mellom ordlyd og praksis på dette området kan derfor ikke anføres som en god begrunnelse for å også tolke "if an armed attack occurs" utvidende.

Retten til selvforsvar oppstår først når et væpnet angrep "occurs", dvs. inntreffer. At ordlyden ikke er "may occur", "probably occur" e.l., taler sterkt for at det bevisst er satt en høy terskel for lovlig bruk av militær makt. At Pakten krever at en stat faktisk må rammes av et væpnet angrep før den gis adgang til å forsvare seg har imidlertid gode grunner for seg. Man kan aldri være sikker på hva som vil skje i fremtiden. En stat kan derfor sjelden være absolutt sikker på fiendens intensjoner og hvordan denne vil handle

³⁶ Malanczuk: Akehurst's Modern Introduction to International Law, s. 312.

i fremtiden.

5.4 FNs Generalforsamlings resolusjon 3314 (XXIX), 14. desember 1974

Som nevnt over er det ikke gitt noen nærmere definisjon av begrepet "armed attack" i Pakten. Opprinnelig fantes det heller ikke en definisjon av begrepet "aggression". Denne termen brukes flere steder i Pakten, jfr. Art. 1 (1), 39 og 53. Selv om begrepet "aggression" hadde blitt brukt i tidligere internasjonale avtaler,³⁷ ble ikke disse definisjonene anerkjent under Pakten. Både "armed attack" og "aggression" ble flere ganger forsøkt gitt et nærmere bestemt innhold, først i The international Law Commission og deretter i fire etterfølgende komitéer i Generalforsamlingen. Først i Generalforsamlingens resolusjon 3314 (XXIX) av 14. desember 1974 ble det vedtatt en definisjon, men da bare av begrepet "aggression".³⁸ Idet man også søkte å utarbeide en definisjon av begrepet "armed attack", ble det likevel stilt spørsmål om de to begrepene skulle forstås å ha samme meningsinnhold. Dette har imidlertid blitt avkreftet på flere hold, og det fremgår uttrykkelig av de tilhørende travaux préparatoires at det ikke var i komitéens hensikt å definere "armed attack". Under arbeidet med definisjonen gikk blant annet USA og Storbritannia imot et forslag om at definisjonen også skulle omfatte "armed attack". I likhet med Sovjetunionen ga USA klart uttrykk for at de ikke anså termene "act of aggression" og "armed attack" som identiske.³⁹ Definisjonen av "aggression" fra 1974 kan følgelig ikke påberopes som grunnlag for en utvidende tolkning av art. 51 og termen "armed attack".

5.5 Fem offisielle FN-språk – fem ulike betydninger?

Pakten er utarbeidet på fem offisielle språk; engelsk, fransk, spansk, kinesisk og russisk ("de fem FN-språk"). Det følger av Pakten Art. 111 at de fem er "equally authentic". Dette innebærer at alle de fem versjonene er av samme gyldighet, og at ingen av dem har forrang. Selv om Pakten er søkt å ha det samme rettslige innhold i alle de fem versjonene, har det i doktrinedebatten blitt hevdet at ordlyden i de ulike versjonene gir

³⁷ Begrepet "aggression" ble introdusert i folkeretten i Briand-Kellogg-pakten av 1928, men ble for første gang definert i Convention for the Definition of Aggression, London 3. juli 1933.

³⁸ Det vil føre for langt å her gå nærmere inn på definisjonen, men begrepet "aggression" har utvilsomt en mye videre rekkevidden enn hva som er naturlig å lese inn under begrepet "armed attack".

³⁹ Simma: The Charter of The United Nations Vol. I, s. 795.

grunnlag for noe ulike tolkninger.⁴⁰ Dette har ført til en viss tvil om hva som skal anses som den rette forståelsen av Paktens bestemmelser.

I traktatrettskonvensjonen Art. 33 er det gitt retningslinjer for hvordan man skal forholde seg til traktater som finnes i to eller flere formelle språkversjoner. Det følger av bestemmelsens nr. 3 at begrepene som benyttes i de ulike versjonene skal presumeres å ha den samme rettslige betydning. Når det gjelder formuleringen av regelen i Art. 51 første punktum er det imidlertid så store forskjeller i formuleringene, at de vanskelig kan presumeres å ha samme betydning. Særlig den franske og den engelske teksten er så ulike i ordlyden at det oppstår tvil om rekkevidden av retten til selvforsvar. Mens den engelske ordlyden legger terskelen for lovlig selvforsvar meget høyt, jfr. over, er den franske teksten gitt en formulering som gir rom for en mye videre tolkning. Den franske teksten er gitt ordlyden "dans le cas où un membre.....est l'objet d'une agression armée", noe som gir klare antydninger om at en stat kan være mål for et væpnet angrep før det finnes tegn på at angrepet faktisk er påbegynt. Ordlyden her gir således rom for at Art. 51 kan tolkes som en hjemmel for et preventivt selvforsvar. Det strenge kravet til et foreliggende "armed attack" er her visket ut.

Også den offisielle spanske teksten er gitt en noe videre formulering enn den engelske, men er ikke så vid som den franske. Det tales her om selvforsvar "en caso de ataque armado". Formuleringen åpner for en adgang til akutt preventive handlinger, men gir ikke adgang til en generell rett til preventiv krigføring. Regelen her fremstår som en mellomløsning mellom den strenge regelen i den engelske versjonen, og den liberale reglen i den franske teksten.⁴¹

Når Pakten Art. 111 som nevnt sier at hver av de fem versjonene er "equally authentic", medfører dette at en og samme bestemmelse gir grunnlag for tre regler som alle har ulik terskel for retten til selvforsvar. Dette er et resultat som ikke kan stå seg, og man må videre søke etter den mening delegasjonene i San Francisco i 1945 ønsket å gi bestemmelsen. Det følger av traktatrettskonvensjonen Art. 33 nr. 4 at man skal velge den forståelsen "which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty". Dette innebærer at man må se hen til Paktens formålsangivelser for å se

⁴⁰ Bl.a Bring: FN-stadgan och världspolitiken. Om folkrättens roll i en föränderlig värld, s. 161-162 og Malanczuk: Akehurst's Modern Introduction to International Law, s. 311. Diskusjonen er i all hovedsak av teoretisk karakter. Uoverenstemmelsene har ennå ikke blitt fremmet som argument i praksis.

⁴¹ Bring: FN-stadgan och världspolitiken. Om folkrättens roll i en föränderlig värld, s. 161-162.

hvilken tekst, den engelske, franske eller spanske, som i størst grad samsvarer med dette formålet. Denne fremgangsmåten kan for øvrig også hjemles i folkerettens effektivitetsprinsipp, se pkt. 3.3. Paktens formålsangivelse og dennes betydning for tolkningen av Art. 51 blir behandlet nærmere nedenfor. I korte trekk kan man likevel si at det er et hovedmål for FNs medlemmer å unngå nye krigsutbrudd og at man i den forbindelse har søkt å begrense statenes adgang til å bruke militærmakt og andre former for maktutøvelse. Når man med dette formålet for øyet, på ny leser den engelske, franske og den spanske teksten, er det mye som taler for at det er den engelske teksten som best gjenspeiler San Francisco-delegasjonenes intensjoner. Som en følge av dette vil den følgende fremstillingen utelukkende omhandle den engelske teksten.

5.6 Art. 51 tolket i lys av FN-paktens formål

Det følger av traktatrettskonvensjonen Art. 31 at traktatbestemmelsens ordlyd skal leses "in the light of its object and purpose". FNs formål fremgår av dens preambel og av art.

1. Art. 51 skal følgelig underkastes en tolkning hvor de her angitte formål gir sterke føringer.

Det følger av innledningsordene i preambelet at bakgrunnen for Paktens bestemmelser er et sterkt ønske om "to save succeeding generations from the scourge of war....".

Pakten ble fremforhandlet i en tid da verdenssamfunnet i løpet av knappe tretti år var blitt rystet av to verdenskriger. Under forhandlingene på våren og forsommeren 1945, var det derfor et helt sentralt mål å begrense statenes adgang til bruk av militær makt.

Med dette som mål så delegasjonene i San Francisco det som nødvendig å gi organisasjonen et tilnærmet monopol på maktanvendelse. I preambelets paragraf 7 heter det således at medlemslandene skal "ensure, by the acceptance of principles and the institution of methods, that armed force shall not be used, save in the common interest".

Det fremmes med andre ord ikke et ønske om et absolutt forbud mot bruk av væpnet makt, men at slik makt bare skal aksepteres hvor det er i medlemmenes felles interesse.

Ser man videre på Paktens formålsangivelse i Art. 1 nr. 1 er det angitt nærmere hvilket formål FN har når det gjelder fred og sikkerhet. Art. 1 nr. 1 har følgende ordlyd;

"The purpose of the United Nations are:

To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring

about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustments or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace."

Et hovedformål er altså å opprettholde den internasjonale fred og sikkerhet. I denne forbindelse skal det iverksettes kollektive tiltak for å forhindre og fjerne eventuelle trusler mot freden. Når det her utelukkende snakkes om "collective measures", tilsier dette at de enkelte statene ikke skal handle på egenhånd. Eventuelle tvister skal søkes løst i fellesskap gjennom fredlige midler og i tråd med folkerettens regler. Sett i lys av FNs formålsangivelse er derfor Art. 51 og retten til individuelt selvforsvar av en litt spesiell karakter. Gjennom Art. 51 er statene gitt en viss rett til å selv beslutte bruk av makt, dersom dette anses som nødvendig for å opprettholde (hvis tillatt med preventivt selvforsvar) eller gjenopprette en fredlig tilstand. Art. 51 kan på denne bakgrunn kalles folkerettens nødretts- eller nødvergebestemmelse. Selv om FN har hovedoppgaven med å opprettholde, evt. gjenopprette den internasjonale fred og sikkerhet er det ikke dermed sagt at den enkelte stat aldri kan utføre denne oppgaven. At Art. 51 inneholder et så strengt krav som "if an armed attack occurs", kan imidlertid, når det leses i lys av Art. 1 nr. 1, tale for at det skal mye til før en slik individuell handlingsrett oppstår. Akkurat hvor grensen går kan man imidlertid ikke lese ut av formålsangivelsen, og en adgang til preventivt selvforsvar kan derfor ikke utelukkes bare på grunnlag av Paktens formålsangivelse.

5.7 Art. 51 tolket i lys av FN-paktens øvrige bestemmelser

Som nevnt under pkt. 5.3 følger det av traktatrettskonvensjonen Art. 31 nr. 1 at traktatbestemmelers ordlyd må tolkes i sin rette sammenheng. Under pkt. 5.3 så vi hvordan den øvrige teksten i art. 51 kastet lys over uttrykket "armed attack". I det følgende skal vi se hvordan art. 51 fremstår i en større sammenheng og om de øvrige bestemmelsene i Pakten kan bidra til å klargjøre rekkevidden av regelen om selvforsvar. Det helt sentrale spørsmålet er hvorvidt Paktens øvrige bestemmelser kan gi grunnlag for en utvidende tolkning av Art. 51 første punktum.

5.7.1 Art. 51, jfr. Art. 2 (4)

Som nevnt er regelen i Art. 51 formulert som et særlig unntak fra det generelle maktforbudet i Art. 2 (4). Innholdet og rekkevidden av forbudet i Art. 2 (4) er derfor

særlig egnet til å kaste lys over tolkningen av regelen om statenes rett til selvforsvar. Som en generell tolkningsregel gjelder at unntaksbestemmelser skal tolkes restriktivt.⁴² Dette skal forhindre en uthuling av hovedregelen. Isolert sett medfører denne regelen at ethvert forsøk på å hjemle en rett til preventivt selvforsvar i Art. 51 vil være mislykket. Dette fordi ordlyden i seg selv taler mot eksistensen av en slik rett, jfr. over. Når vi nå likevel ser nærmere på Art. 2 (4), skyldes dette den sterke splittelsen som foreligger i spørsmålet om adgangen til preventivt selvforsvar. Tilhengerne av en slik rett kan åpenbart ikke tolke forholdet mellom Art. 2 (4) og Art. 51 på denne måten. Det følger direkte av ordlyden i Art. 2 (4) at forbudet ikke bare omfatter faktisk bruk av militær makt, men også trusler om bruk av slik makt, jfr. "the threat or use of force". Art. 2 (4) har således fått en mye videre formulering enn Art. 51. Konsekvensen er at en stat kan være offer for klare brudd på forbudet i Art. 2 (4) uten at Pakten dermed hjemler en rett til selvforsvar. Terskelen for en rett til selvforsvar etter Art. 51 ligger med andre ord mye høyere enn terskelen for hva som er å anse som brudd på maktforbudet. Når Art. 2 (4) inneholder et uttrykkelig forbud mot "threat....of force" viser det at Paktens forfattere var oppmerksomme på den fare slike trusler kunne utgjøre i det internasjonale samfunn. Et spørsmål som dermed kan stilles, er hvorvidt den høye terskelen for retten til selvforsvar kun beror på en feil og om det egentlig var forfatternes hensikt å berettige et selvforsvar ved ethvert brudd på Art. 2 (4). Svarer man bekreftende på dette, betyr det at også trusler om bruk av makt berettiger utøvelse av selvforsvar og at Art. 51 således var ment å også omfatte preventivt selvforsvar. Det blir imidlertid for enkelt å ut fra dette konkludere med at de ulike formuleringene i Art. 2 (4) og Art. 51 skyldes en ren forglemmelse. Det ligger nærmere å konkludere med det motsatte, nemlig med at kravet til "armed attack" er et resultat av konkrete og bevisste vurderinger av når en stat bør berettiges en lovlig utøvelse av selvforsvar. Dersom man leser Paktens formålsangivelse og dens Art. 39, jfr. Art. 41 om Sikkerhetsrådets kompetanse kommer dette klart til syne.

5.7.2 Art. 51, jfr. Art. 39 og 42

Paktens Art. 39 er hjemmel for Sikkerhetsrådets kompetanse i situasjoner hvor det foreligger en trussel mot eller et brudd på den internasjonale freden. Bestemmelsen gir

⁴² Malanczuk: Akehurst's Modern Introduction to International Law, s. 312.

Sikkerhetsrådet hjemmel til, og også plikt til, å iverksette tiltak dersom det anses nødvendig for å opprettholde den internasjonale fred og sikkerhet. Sikkerhetsrådet kan beslutte å gripe inn dersom det foreligger "any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression". Også her nevnes altså "threat to the peace". Ser man dermed maktforbudet i Art. 2 (4), Art. 39 og Art. 51 i sammenheng innebærer dette at det er forbeholdt Sikkerhetsrådet å gripe inn hvor det kun foreligger trusler om væpnede angrep evt. en fare for et fremtidig angrep. Trusler mot den internasjonale fred og sikkerhet er således ansett som brudd på Art. 2 (4), men er ikke tilstrekkelig for at en stat alene skal kunne beslutte å bruke militære maktmidler. Dersom Sikkerhetsrådet vurderer en situasjon slik at det er nødvendig med en inngripen, må det dernest vurdere hvilken form denne skal ha. Det følger av Art. 42 at det bare er i tilfeller hvor Sikkerhetsrådet anser andre, ikke-militære virkemidler som "inadequate", eller hvor slike virkemidler har vist seg å være "inadequate", at militærmakt kan anvendes. Bruk av slik makt fremstår altså som "en siste utvei". En utvidende tolkning av Art. 51 vil viske ut Sikkerhetsrådets posisjon som fredsbevarende organ. Dersom statene skal gis adgang til å gripe til våpen også når det ikke foreligger et væpnet angrep, vil reglene i Art. 39, jfr. Art. 42 i stor grad miste sin betydning og FNs monopol på lovlig bruk av militær makt vil bli opphevet. Sett i sammenheng med Paktens formål, jfr. pkt. 5.4.4 er det således nødvendig med en restriktiv tolkning av Art. 51 for å opprettholde grunnlaget for systemet i Paktens regelverk.

5.7.3 Art. 51, jfr. art. 53

I Pakten Art. 53 heter det at medlemmer av "regional arrangements" (f.eks. NATO) kan bruke makt mot tidligere fiender, dersom det foreligger en "renewal of aggressive policy". Bestemmelsen har i dag utspilt sin rolle idet alle de statene som tidligere var ansett som "enemy states" nå er blitt medlemmer av FN. Bestemmelsen kan imidlertid fortsatt kaste lys over innholdet og rekkevidden av regelen om selvforsvar i Art. 51. Uttrykket "aggressive policy" er mye videre enn uttrykket "armed attack". Art. 53 har således en lavere terskel for når det tillates bruk av makt enn regelen i Art. 51. Art. 53 kunne imidlertid bare påberopes overfor noen få stater, jfr. "former enemy states". Art. 51 på sin side gir en helt generell hjemmel for selvforsvar og det er derfor irrelevant hvem som står bak angrepet. Terskelen for når retten til selvforsvar oppstår ligger imidlertid mye høyere enn i Art. 53, jfr. "armed attack". Dersom man legger til grunn en utvidende tolkning av Art. 51, slik at bestemmelsen også hjemler en adgang til

preventivt selvforsvar, vil dette gjøre regelen i Art. 53 totalt overflødig. Det kan vanskelig antas at dette var forfatterens hensikt, og dermed taler også dette imot en utvidende tolkning av Art. 51.

5.8 Forhandlinger og forarbeider til FN-pakten

Traktatrettskonvensjonen Art. 32 fastsetter at også supplerende tolkningsmomenter, herunder traktatens forarbeider og forhistorie, kan tas i betraktning for å fastsette innholdet i en traktatbestemmelse. Dette gjelder først og fremst dersom tolkningen etter reglene i Art. 31 ikke leder til en klar løsning, evt. løsningen er åpenbart absurd eller urimelig. Forarbeider og forhistorie kan tas med som tolkningsmomenter uansett hvordan det øvrige rettskildet ser ut, men de har generelt en mindre vekt. Av størst betydning er nok den indikasjon slike forarbeider og forhistorie kan gi med hensyn til partenes intensjoner. Men ordlyden skal likevel alltid ha forrang da denne må forutsettes å gi best uttrykk for partenes endelige enighet.

Art. 51 var ikke inntatt i den originale Dumbarton Oaks Conference and Proposals,⁴³ men ble først inntatt i teksten under konferansen i San Francisco i 1945. Art. 51 ble inntatt i teksten for å ikke skape tvil rundt lovligheten av eksisterende avtaler om rett til kollektivt selvforsvar, som den Inter-Amerikanske Act of Chapultepec,⁴⁴ og The Defence Pact of the Arabic League.⁴⁵

Som følge av omstendighetene rundt innlemmelsen av Art. 51, ble det fremsatt en påstand om at regelen skulle tolkes videre enn hva ordlyden tilsa. Idet Art. 51 ble innlemmet for å opprettholde lovligheten av slike forsvarsavtaler som nevnt over, så enkelte jurister dette som et tegn på at Art. 51 i sin helhet, skulle tolkes i lys av den sedvanerettslige adgangen til å utøve selvforsvar som ble utviklet i etterkant av Caroline-saken, jfr. pkt. 6. Dersom den sedvanerettslige adgangen til kollektivt selvforsvar skulle opprettholdes slik den var før 1945, tilsa dette at man også mente å opprettholde den tradisjonelle retten til individuelt selvforsvar. I så fall skulle Art. 51 og rekkevidden av den individuelle selvforsvarsretten gjenspeile regelen i Caroline-doktrinen og derfor også gi statene en viss rett til preventivt selvforsvar. Når en rett til

⁴³ Konferansen omhandlet etableringen av FN. Konferansen ble holdt i Dumbarton Oaks, en forstad til Washington, 21. august til 7. oktober 1944.

⁴⁴ The Act of Chapultepec ble signert i Mexico City (Chapultepec-palasset) 3. mars. 1945, som det siste leddet under the Inter-American Conference for Problems of War and Peace.

⁴⁵ Den første solidaritetskonferansen ble holdt 25.9- 7.10 1944, i Alexandria. Konferansen ledet til vedtakelsen av The Pact of The Arabic League, 3. mars. 1945.

selforsvar ble innskrenket til tilfeller hvor det foreligger et "armed attack", fremstår uttrykket som lite treffende. Hva som utgjør et væpnet angrep ble ikke diskutert og regelen fikk et mye snevrere virkeområde enn opprinnelig tiltenkt. Som støtte for dette standpunktet påberopes mangelen på en definisjon av begrepet "armed attack". Under forhandlingene i San Francisco i 1945 ble det fra flere stater fremhevet at maktforbudet i Art. 2 (4) ikke skulle gjennomhulles av unntak. En stat kunne bare gripe til våpen dersom det var nødvendig for å forsvare seg mot et væpnet angrep. Den amerikanske delegaten fremhevet *"that the intention of the authors of the original text was to state in the broadest terms an absolute all-inclusive prohibition"*.⁴⁶ Den norske delegaten kom med følgende uttalelse; *"it should be made very clear... ..that this paragraph 4 did not contemplate any use of force, outside of action by the Organization, going beyond individual or collective self-defence"*.⁴⁷ Selv om disse uttalelsene altså direkte angår Art. 2 (4) viser de at intensjonen var å utforme et strengt maktforbud, og som var ment å være tilnærmet absolutt. For å unngå en utvanning av forbudet i Art. 2 (4) må regelen om selforsvar følgelig tolkes restriktivt.

5.9 Nicaragua-saken ⁴⁸

Tidlig på 1980-tallet utarbeidet USA en strategi for å motarbeide etableringen av Sandista-regimet i Nicaragua samt hindre den stadig økende spredningen av revolusjonære politiske bevegelser i Nicaraguas naboland. De pressede styresmaktene i Sentral-Amerika mottok en massiv amerikansk militær støtte, samtidig som USA etablerte og finansierte en militær bevegelse som hadde som mål å bryte ned Sandista-regimet. Denne paramilitære opprørsstyrken gikk under navnet "Contras". På denne bakgrunn reiste Nicaragua sak mot USA og hevdet at USA, ved å støtte Contras' opprør mot styresmaktene i Nicaragua, hadde brutt folkerettens intervensjonsforbud.⁴⁹ USA erkjente at de hadde støttet Contras, men hevdet at støtten likevel ikke utgjorde et brudd på folkeretten. USA hevdet at støtten til Contras var lovlig under retten til kollektivt selforsvar, jfr. Art. 51. USA argumenterte med at Nicaragua tidligere hadde angrepet

⁴⁶ U.N.C.I.O Doc. vol. 6. s. 335.

⁴⁷ Ibid. s. 334-335.

⁴⁸ ICJ Rep. 1986 s. 14.

⁴⁹ Et grunnleggende prinsipp i folkeretten er intervensjonsforbudet. Enhver stat skal respektere andre staters eksistens og deres rett til å velge politisk, økonomisk og sosialt system. Forbudet kan utledes direkte av suverenitetsprinsippet, se kap. 4. Intervensjonsforbudet har fått en generell utforming i Pakten Art. 2 (7) og er nærmere utdypet i GA Res. 2625 (XXV), 24. oktober 1970 ("The Friendly Relations Declaration").

Honduras og Costa-Rica, samt at Sandista-regimet hadde eksportert våpen til opprørere i El-salvador. På dette grunnlaget hevdet altså USA at det forelå en rett til kollektivt selvforsvar. ICJ gav ikke USA medhold i dette blant annet fordi verken Honduras eller Costa-Rica hadde anmodet USA om et kollektivt selvforsvar. ICJ kommer imidlertid med en rekke interessante uttalelser vedrørende retten til selvforsvar og vilkårene for når en slik rett foreligger. Nettopp dette gjør også dommen interessant for denne oppgavens vedkommende.

Saken gjelder ikke Paktens regler direkte, idet ICJ utelukkende baserer sin avgjørelse på sedvanerettslige regler. ICJ tolket imidlertid disse den tradisjonelle sedvaneretten nært opp til de tilsvarende reglene i Pakten, og fant at sedvaneretten innholdsmessig langt på vei var i overenstemmelse med Paktens Art. 2 (4), jfr. Art. 51.⁵⁰ Idet spørsmålet om hvorvidt statene har en adgang til å utøve preventivt selvforsvar ikke ble fremmet for retten, tok ikke ICJ direkte stilling til dette. De uttalelser som finnes om forståelsen av Art. 51 er likevel verdt å merke seg. ICJ støtter nemlig en restriktiv tolkning av Art. 51, slik at "armed attack" skal anses som et absolutt vilkår for en rett til selvforsvar.

Domstolen påpeker her at eksistensen av et væpnet angrep skal anses som a conditio sine qua non for utøvelsen av denne selvforsvarsretten.⁵¹ Dette fremgår uttrykkelig av følgende uttalelse;

*"In the case of individual self-defence, the exercise of this right is subject to the State concerned having been the victim of an armed attack. Reliance on collective self-defence of course does not remove the need for this....."*⁵² og

"The Court has recalled above (paragraph 193 to 195) that for one State to use force against another, on the ground that that State has committed a wrongful act against a third State, is regarded as lawful, by way of exception, only when the wrongful act provoking the response was an armed attack. Thus the lawfulness of the use of force by a State in response to a wrongful act of which it has not itself been the victim is not admitted when this wrongful act is not an armed attack. In the view of the Court,

⁵⁰ Forholdet mellom den tradisjonelle sedvaneretten og Paktens regler om selvforsvar blir omhandlet under kap. 7.

⁵¹ ICJ Rep. 1986 s. 14, para. 237. ("a conditio sine qua non", latin og kan oversettes med "tvingende vilkår").

⁵² ICJ Rep. 1986 s. 14, para. 195.

*under international law in force today – whether customary international law or that of the United Nations system – States do not have a right of collective armed response to acts which do not constitute an armed attack."*⁵³

I følge denne uttalelsen kan et selvforsvar altså ikke iverksettes som respons mot handlinger som strider mot folkerettens regler, dersom de ikke er av så alvorlig karakter at de må betraktes som et væpnet angrep. Selv om ICJ ikke uttrykker seg i helt klare ordelag, og direkte avskjærer en mulig rett til preventivt selvforsvar, tyder disse uttalelsene på at Art. 51 ikke skal anses som en hjemmel for preventivt selvforsvar. ICJ støtter seg til ordlyden og konkluderer med at regelen i Art. 51 ikke berettiger til lovlig bruk av militær makt før staten er blitt utsatt for et væpnet angrep.

5.10 Statspraksis

Det heter i traktatrettskonvensjonen Art. 31 (3) bokstav b at man ved tolkningen av en traktatbestemmelse skal ta i betraktning "any subsequent practice between the parties regarding the interpretations of the treaty or the application of its provisions".

Etterfølgende praksis mellom traktatpartene kan således anses å gi uttrykk for hvordan en traktat skal tolkes. ICJ uttalte i Corfu Channel-saken⁵⁴ følgende;

"The subsequent attitude of the parties shows that it was not their intention, by entering into the Special Agreement, to preclude the Court from fixing the amount of the compensation."

Vekten av slik etterfølgende praksis vil avhenge av om den er felles for partene, og om den er konsistent og varig. Gjennom samsvarende praksis kan statene vise en enighet om at en traktat er grunnleggende endret, eller til og med bortfalt.⁵⁵ Praktiseringen av en folkerettsbestemmelse kan således endre dens opprinnelige meningsinnhold ved at en ny felles forståelse, danner ny sedvanerett. Se om vilkårene for sedvanerettsdannelse under pkt. 6.1.1. I det følgende vil vi derfor se nærmere på hvordan de ulike nasjonene har forholdt seg til reglene i Art. 51, og undersøke om statenes praksis gir støtte for en

⁵³ ICJ Rep. 1986, s. 14, para. 211.

⁵⁴ ICJ Rep. 1949 s. 4, s. 25

⁵⁵ Ruud/Ulfstein: Innføring i folkerett (1998), s. 70.

annen tolkning/forståelse enn hva ordlyden tilsier.

Retten til selvforsvar har flere ganger blitt påberopt i den internasjonale politikken idet stater søker å rettferdiggjøre sine voldshandlinger. Art 51 har også blitt påberopt som hjemmel for preventive handlinger, da slike angrep har blitt hevdet og vært nødvendige ut fra de konkrete omstendighetene. I det følgende skal vi ta for oss enkelte historiske hendelser, som belyser statenes generelle holdninger til reglene om selvforsvar. Statenes praksis kan også gi et bilde av hvor høyt/lavt de ulike nasjonene anser terskelen for lovlig bruk av makt å ligge. Hvilken rekkevidde regelen i Art. 51 første ledd har ikke blitt diskutert i alle tilfellene. Likevel gir statenes handlinger og valg av konfliktløsning en god pekepinn på hvordan de ser på spørsmålene rundt en evt. rett til preventivt selvforsvar.

5.10.1 Cuba-krisen, 1962

I 1962 oppdaget USA at Sovjetunionen hadde plassert langdistanseraketter på Cuba. Rakettene var utstyrt med kjernefysiske stridshoder og var rettet direkte mot det amerikanske fastlandet. Dette utgjorde en meget stor trussel mot amerikansk sikkerhet. Den amerikanske marinen blokkerte Cuba i et forsøk på å forhindre videre innførsel av raketter fra Sovjetunionen. Dette tvang Sovjetunionen til å gjøre retrett og våpnene ble fjernet. En rekke teoretikere nevner denne blokaden som et eksempel på et preventivt selvforsvar. Dette er imidlertid litt feilaktig. For det første kan blokaden hjemles i andre regler enn i en eventuell hjemmel for preventivt selvforsvar. For det andre unnlot de amerikanske myndighetene å påberope seg en rett til preventivt selvforsvar. Det ble riktig nok gitt sterke uttrykk for at USA, som følge av Sovjetunionens truende opptreden, rettmessig kunne gått til angrep selv om det ikke forelå et faktisk væpnet angrep fra Sovjetunionens side.

Grunnen for USAs tilbakeholdenhet med å påberope seg rett til å utøve preventivt selvforsvar er sammensatt, men kan i hovedsak splittes i to. Spørsmålet som de amerikanske myndighetene stilte seg var nok ikke av rent juridisk art, dvs. om Pakten her ga hjemmel for et amerikansk angrep. Delvis innså nok juristene i State Department at det rettslige grunnlaget for et evt. væpnet selvforsvar var meget tynt. Den viktigste årsaken var nok heller av en mer sikkerhetspolitisk art. Styresmaktene i Washington innså trolig at et angrep basert på en rett til preventivt selvforsvar kunne skape farlig presedens for fremtiden. Dersom USA i denne situasjonen hadde sett seg berettiget til et preventivt angrep mot Sovjetunionen, kunne Sovjetunionen påberopt seg den samme

rett på grunnlag av USAs missilbaser som var rundt om i Europa. En ekstrem konsekvens ville vært at nesten alle verdens stater kunne påberopt seg en rett til preventivt selvforsvar på grunnlag av en militær opprustning e.l. i sine nabostater. Heller ikke her ble det altså ansett som utelukket at det kunne foreligge en rett til preventivt selvforsvar. Hvorvidt hjemmelen for et slikt selvforsvar var Pakten Art. 51 eller en evt. sedvanerett ble ikke diskutert. En mulighet for en utvidende tolkning av Art. 51 ble i hvert fall ikke avvist.⁵⁶ Se også om USAs uttalelser om Israels angrep på atomreaktoren Osirak under pkt. 5.10.3.

Selv om USA altså ikke påberopte seg en rett til preventivt selvforsvar under Cuba-krisen, illustrerer dette hvilken holdning styresmaktene i Washington den gang hadde til spørsmålet om en utvidet rett til selvforsvar. Nå i ettertid, som Sovjetunionen ikke lenger er USAs fiende, men en alliert, ser vi at slutten på Den kalde krigen⁵⁷ utgjør et markant vendepunkt i utviklingen av den amerikanske sikkerhetspolitikken. Se kap. 8.

5.10.2 Israels angrep på Egypt, Syria og Jordan, 1967 (seksdagerskrigen)

Israel påberopte seg en rett til preventivt selvforsvar i etterkant av seksdagerskrigen i 1967. Angrepene på Egypt, Syria og Jordan ble iverksatt etter en kjede av hendelser, som samlet sett ga klare indikasjoner på at det foregikk en kraftig mobilisering av egyptiske militærstyrker på grensen mot Israel. Egypt og Jordan hadde nylig inngått en militær samarbeidspakt, FNs fredsbevarende styrker var blitt utvist fra grenseområdet mellom Egypt og Israel og på samme tid blokkerte Egyptiske styrker Akababukta. Et faktisk væpnet angrep fra Egypt forelå imidlertid ikke før Israel gikk til angrep og følgelig var ikke vilkåret om "armed attack" i Art. 51 oppfylt. Det kan hevdes at mobiliseringen av militærstyrkene og blokkeringen av Akababukta i seg selv kan karakteriseres som et "armed attack" i henhold til Pakten Art. 51. Forholder man seg utelukkende til ordlyden er dette imidlertid ikke et holdbart argument. Det er dog verdt å merke seg at FN i etterkant av seksdagerskrigen ikke alene holdt Israel ansvarlig for krigsutbruddet. FN fordømte heller ikke Israels handlinger som en uberettiget utøvelse av selvforsvar, men det var enkelte stater protesterte mot Israels angrep.⁵⁸ FNs

⁵⁶ Malanczuk: Akerhurst's Modern Introduction to International Law og Bring: FN-stadgan och världspolitik. Om folkrättens roll i en föränderlig värld.

⁵⁷ "Den kalde krigen" er et internasjonalt uttrykk for de spenninger som var mellom de kapitalistiske kreftene i den vestlige verden og de kommunistiske kreftene i øst - særlig mellom USA og Sovjetunionen - i perioden etter Den andre verdenskrig og frem til 1989. Uttrykket ble introdusert av den amerikanske senatoren B. Baruch i en tale i Colombia, Sør-Carolina, 16. april 1947.

⁵⁸ Shaw: International law, s. 789.

tilbakeholdenhet kan tolkes som en støtte for at det også innenfor rammene av Pakten og dens Art. 51 eksisterer en rett til preventivt selvforsvar. Spørsmålet er imidlertid om det her var den sedvanerettslige adgangen til preventivt selvforsvar som fortsatt ble ansett som gjeldende, jfr. kap. 6, eller om det var Art. 51 som ble tolket utvidende. Dette spørsmålet, om hvor vidt Art. 51 skal suppleres av Caroline-doktrinen eller ei, kommer vi tilbake til nedenfor, jfr. kap. 7.

5.10.3 Israels angrep på atomreaktoren Osirak, 1981

I 1981 bombet Israel en irakisk atomreaktor (Osirak). Israel hevdet at Irak hadde til hensikt å bruke reaktoren til produksjon av atombomber, som de senere skulle bruke under angrep på Israel. Israel mente at en atombombe kunne fremstilles i løpet av få år. På dette grunnlaget hevdet således Israel at angrepet var berettiget som et preventivt selvforsvar, og viste i den forbindelse til Pakten Art. 51. Dette ble imidlertid ikke akseptert. Sikkerhetsrådet fordømte dette bombeangrepet og i resolusjon 487 av 19. juni 1981, ble det sagt følgende;

"The Security Council....

*1. Strongly condemns the military attack by Israel in clear violation of the Charter of the United Nations and the norms of international conduct."*⁵⁹

Selv om resolusjonen ble enstemmig vedtatt, rådde ingen enighet mellom statene om hvorvidt den vide israelske forståelsen av Art. 51 skulle forkastes eller ei. USA og Storbritannia ønsket ikke å innta en helt generell negativ holdning til Israels tolkning og forkastet således ikke muligheten for en utvidende fortolkning av bestemmelsen. Storbritannias daværende statsminister, Margaret Thatcher, tok riktignok en klar avstand fra Israels angrep. Hun begrunnet imidlertid sitt standpunkt ut fra de konkrete omstendighetene rundt angrepet, og tok altså ikke, på generelt grunnlag, avstand fra preventive angrep utøvet i selvforsvar. Hun uttalte følgende; *"Armed attack in such circumstances cannot be justified. It represents a grave breach of international law."* USA begrunnet sitt standpunkt gjennom to hovedpunkter; for det første at en rett til preventivt selvforsvar ikke kunne berettiges ut fra de faktiske omstendigheter, sml. den

⁵⁹ SC Res. 487.

nevnte uttalelsen fra Margaret Thatcher. Israel kunne ikke fremlegge noen beviser for at reaktoren hadde vært i bruk i den hensikt å produsere atombomber. Og for det andre ble det vist til at Israel i dette tilfellet hadde unnlat å etterkomme plikten om å først søke en løsning gjennom fredlige midler, dvs. en henvisning til Art. 33. USA hevdet således at Israel hadde krenket Art. 33 og unnlot dermed å ta standpunkt til rekkevidden av Art. 51.⁶⁰ Selv om USA her forbeholdt seg muligheten til å kunne påberope seg Art. 51 som et mulig rettslig grunnlag for preventivt selvforsvar i fremtiden, må det likevel påpekes at myndighetene i Washington unnlot å gjøre dette i forbindelse med Cuba-krisen, jfr. over.

5.10.4 USAs angrep på Libya, 1986

I 1986 påberopte USA seg en rett til å utøve preventivt selvforsvar som rettslig grunnlag for bombingene av Tripoli og Benghazi i Libya. Bombeangrepet ble utført i etterkant av et terroristangrep på et diskotek i Vest-Berlin, som den gangen var fast tilholdssted for blant annet amerikanske soldater. USA hevdet at angrepet var berettiget som en respons "to an ongoing pattern of attacks by the Government of Libya".⁶¹ Det er sikker rett at retten til selvforsvar etter Pakten Art. 51 ikke omfatter en rett til væpnedes represalier. Den daværende amerikanske presidenten, Ronald Reagan, betegnet imidlertid ikke dette angrepet som en represalie, men karakteriserte det som en "*pre-emptive action*" og som en "*mission fully consistent with Art. 51 of The UN Charter*."⁶² Storbritannia, Israel og Sør-Afrika støttet det amerikanske angrepet, mens Frankrike kritiserte angrepet og hevdet at det etter folkerettens regler var å anse som en hevnaksjon. Et resolusjonsutkast som i sin ordlyd fordømte USAs handlinger ble fremmet av de alliansefrie medlemmene av Sikkerhetsrådet kort tid etter angrepet. Resolusjonen ble ikke vedtatt (9 mot 5 stemmer) idet både USA og Storbritannia la ned veto mot forslaget.⁶³

5.10.5 Et avsluttende overblikk over statspraksis

USAs frykt for å påberope seg en rett til preventivt selvforsvar under Cuba-krisen var lenge et godt eksempel på den generelle tilbakeholdenheten som rådet på dette området.

⁶⁰ Bring: FN-stadgan och världspolitiken. Om folkrättens roll i en föränderlig värld, s. 169.

⁶¹ Sml. bombingene av Afghanistan i 2001, jfr. kap. 8.

⁶² Simma: The Charter of The United Nations. Vol. I, s. 804 n. 145.

⁶³ Resolusjonsforslaget ble forkastet etter stemmegivningen 21. april 1986.

I frykt for å skape en farlig presedens for preventiv bruk av militær makt, har statene vært svært forsiktige med å påberope seg rett til preventivt selvforsvar. Under diskusjonen rundt lovligheten av Israels angrep på atomreaktoren Osirak i 1981, uttalte en rekke stater seg negativt om adgangen til å utøve preventivt selvforsvar. Enkelte stater, deriblant det tidligere Sovjetunionen, gikk så lang som å si at et preventivt selvforsvar, under enhver omstendighet, ville være i strid med folkeretten. Storbritannia har derimot, flere ganger, argumentert for en utvidende tolkning av Art. 51 og eksistensen av en rett til preventivt selvforsvar.

Som nevnt under pkt. 5.10.1 om Cuba-krisen, kan slutten på den kalde krigen i 1989/90 anses som et vendepunkt for hvordan enkelte stater, med USA i sentrum, forholder seg til bruken av militær makt. USA hadde under Den kalde krigen en noe mer usikker posisjon i verdenssamfunnet, enn hva supermakten har i dag. Som det så vidt er nevnt, sto Sovjetunionen og USA sterkt mot hverandre i perioden etter Den andre verdenskrig. Begge statene var supermakter, og begge var i besittelse av atomvåpen. Det fiendtlige forholdet mellom USA og Sovjetunionen opprettholdt dermed en form for maktbalanse. Ingen av statene så seg tjent med å angripe den andre, idet et minst like kraftig motangrep da ville iverksettes fra den annen part. Dette var nok hovedårsaken til at man tidligere aksepterte en høy terskel for en lovlig utøvelse av selvforsvar. Selv om det er positivt at Den kalde krigen tok slutt, har dette medført at USA i dag står alene som supermakt. Det finnes ingen nasjoner som i dag kan "måle krefter" med USA. Det tradisjonelle trusselbildet, det kommunistiske øst mot det kapitalistiske vest, er altså visket ut, og konsekvensene blir stadig mer synlige. Det folkerettslige regelverket som USA tidligere anså som et beskyttelsesnett, synes ikke lenger å være av samme betydning.

Den foreliggende statspraksis gir ingen sikre svar på spørsmålet om hvorvidt Paktens Art. 51 skal leses som en hjemmel for preventivt selvforsvar eller ei. Det kan i hvert fall ikke hevdes at det foreligger en slik samsvarende statspraksis som det vises til i traktatrettskonvensjonen Art. 31 (3) bokstav b. Og om konklusjonen er usikker ut fra tidligere praksis, er den ikke blitt mindre uklar etter de siste års hendelser (vi tenker da særlig på USAs angrep på Irak og Israels angrep på Syria). Det er verdt å merke seg at det også i dag er stormaktene USA og Storbritannia som stadig utvider grensene for når de anser et selvforsvar berettiget. Frankrike har derimot beholdt sin relativt restriktive holdning til en utvidet selvforsvarsrett. Vi ser dermed at det er de samme statene som sto mot hverandre under konflikten med Libya i 1986, som i dag står steilt imot

hverandre hva gjelder spørsmålet om lovligheten av angrepet på Irak i 2003. Vi går nærmere inn på dagens situasjon under kap. 8.

5.11 Retten til selvforsvar – en "inherent right"?

Det følger av innledningsordene i Art. 51 at retten til selvforsvar er "inherent". Direkte oversatt betyr dette at selvforsvarsretten er en iboende eller naturlig rett. Hva som ligger i begrepet er imidlertid svært omdiskutert, og teoretikerne er hovedsakelig splittet i to i synet på hvordan uttrykket er å forstå. Tilhengerne av en utvidende tolkning av artikkelen hevder at "inherent" er ment som en henvisning til den sedvaneretten som eksisterte (om den ennå eksisterer kommer vi tilbake til under kap. 7) i tiden før Pakten ble undertegnet. I doktrinen er det hevdet at Art. 51 kun ble utarbeidet som et tillegg til den sedvaneretten som ble utviklet etter Caroline-saken, jfr. kap. 6. Dette innebærer at sedvaneretten, herunder de såkalte Caroline-kriteriene, samt Paktens Art. 51 er ment å eksistere side om side - begge som selvstendige rettsgrunnlag, som altså hjemler statenes adgang til selvforsvar. Dette medfører, hvis sedvaneretten gir hjemmel for preventive selvforsvarshandlinger, at Art. 51 dermed ikke utelukker en utøvelse av preventivt selvforsvar.

Den andre gruppen av folkerettsjurister hevder derimot at "inherent right" er ment som en henvisning til det grunnleggende suverenitetsprinsippet. Når folkeretten først er bygget på et system der hver enkelt stat er å anse som suveren, må det også eksistere en adgang til å beskytte og opprettholde dette systemet. Foreligger det krenkelser mot en stats suverenitet, må denne staten derfor gis adgang til å iverksette tiltak, herunder å gripe til våpen, i den hensikt å beskytte sin suverenitet. Juristene som er av denne oppfatningen mener således at retten til selvforsvar kun er "inherent" i den forstand at den er en naturlig konsekvens og et direkte utslag av suverenitetsprinsippet. De anerkjenner at regelen i Art. 51 er utarbeidet med utgangspunkt i sedvaneretten, men hevder samtidig at Paktens forfattere ønsket å begrense statenes rettmessige adgang til å gripe til våpen, se pkt. 5.6.

Hvilken tolkning som skal legges til grunn som gjeldende rett er det altså ingen enighet om. For å unngå en unødvendig dobbeltbehandling vil den videre drøftelsen rundt forståelsen av "inherent right" foretas under kap. 7. Vi ser det som hensiktsmessig å drøfte forholdet mellom Art. 51 og sedvaneretten under et eget punkt, og som sagt er uttrykket "inherent right" en av hovedårsakene til at man overhodet diskuterer hvorvidt

Art. 51 gir hjemmel for en rett til preventivt selvforsvar.

5.12 Hvilke slutninger kan trekkes?

Selv om rekkevidden av regelen i Art. 51 alltid har vært og fortsatt er svært omdiskutert, synes det likevel å være klart at den ikke kan tolkes som en generell hjemmel for preventivt selvforsvar. Særlig ordlyden, jfr. "armed attack", samt Paktens generelle formålsangivelse, taler sterkt i mot en slik bred tolkning. Hvorvidt bestemmelsen, under helt ekstraordinære omstendigheter, gir statene en slik rett er det vanskeligere å gi en sikker konklusjon på. Særlig uttrykket "the inherent right of..." åpner som sagt for en slik utvidende forståelse. Ut fra de øvrige rettskildene og av hensyn til den internasjonale fred og sikkerhet synes det å ha mer for seg å anse dette uttrykket som en henvisning til suverenitetsprinsippet, slik at retten til selvforsvar altså er et utslag av dette. Også her er Paktens formål utslagsgivende idet effektivitetsprinsippet må tillegges adskillig vekt. Sett i lys av dagens konfliktfylte verdenssamfunn er det nødvendig og ikke minst ønskelig, i størst mulig grad, å begrense statenes adgang til å utøve makt "med loven i hånd". Slik vi ser det er det derfor lite som taler for å tolke Art. 51 utvidende. Paktens regelverk og dens Art. 51 gir isolert sett ikke hjemmel for en rett til preventivt selvforsvar.

Et annet spørsmål er imidlertid om det eksisterer en rett til preventivt selvforsvar under internasjonal sedvanerett og hvorvidt denne sedvaneretten evt. supplerer Pakten eller faktisk ble erstattet av Pakten da denne ble undertegnet i 1945. Dette ser vi nærmere på under kap. 7. Først vil vi redegjøre for utviklingen av den tradisjonelle sedvaneretten.

6 Sedvaneretten – hjemmel for preventivt selvforsvar?

6.1 Innledning

Retten til selvforsvar utgjør ett av unntakene fra maktforbudet i Art. 2 (4). En slik rett kan i utgangspunktet bygges på to grunnlag; traktat (jfr. Art 51), eller internasjonal sedvanerett. I de neste avsnittene vil det redegjøres for grunnlaget for sedvaneretten på dette området.

Siden det ikke eksisterer et internasjonalt organ som kan pålegge nasjoner plikter eller gi rettigheter, jfr. kap. 4, må rettsforholdet stater imellom løses på grunnlag av traktater eller sedvane. Traktatretten er etter hvert blitt meget omfattende og tallet på internasjonale organisasjoner vokser raskt. Dette betyr at det i dag finnes relevante traktater på de aller fleste områder innen folkeretten. Av og til vil disse grunnlagene likevel være utilstrekkelige. Dette kan komme av at ikke alle stater tiltrer de samme traktatene, at traktaten ikke regulerer tvisten eksplisitt eller lignende. Traktatretten har sine begrensninger⁶⁴ og behovet for å bøte på dette er stort. Den folkerettslige sedvanerett danner et alternativ til traktatretten og er i tillegg mer dynamisk enn det som er mulig etter avtalerettslige prinsipper.

I det følgende ser vi på utviklingen av sedvaneretten slik den fremstår i teorien. Denne utviklingen har i hovedsak to epoker – før og etter vedtakelsen av Pakten. Paktens betydning for innholdet i sedvaneretten blir drøftet under kap. 7, men allerede her må det fremheves at den sedvanerettslige hjemmelen fortsatt synes å eksistere.

6.1.1 Vilåårene for sedvanerettsdannelse

Ifølge statuttene for Den internasjonale domstol (ICJ) Art. 38 (1) (b), er internasjonal sedvane ”evidence of a general practice accepted as law”. I dette ligger at en sedvane,

⁶⁴ Særlig på grunn av suverenitetsprinsippet; dette tilsier at statene kun har forpliktet seg til det som går frem av traktaten, se pkt. 4.1.

for å bli akseptert som sedvanerett, må fylle to vilkår. Disse kommer til uttrykk ved at sedvaneretten har en objektiv og en subjektiv side.

Den objektive siden fremgår av formuleringen ”general practice”. Dette betyr at en handlemåte/praksis må følges av et betydelig antall stater dersom den skal anses som en sedvanerett. Det er ikke nødvendigvis aktive handlinger som skaper slik rett - også passivitet kan binde. Det kreves derimot ikke at alle verdens stater følger praksisen, men det er et krav at praksisen har blitt fulgt i en viss tid.

Den subjektive siden tilsier at den aktuelle praksis må være akseptert som lov. Det må med andre ord foreligge en overbevisning om at dette er den handlemåte som kreves etter folkeretten. Dette er gjerne omtalt i teorien som *opinio juris*. I hvilken grad man må påvise en slik rettsoverbevisning er noe omdiskutert,⁶⁵ men det kan synes som om ICJ krever at praksisen må være en følge av rettsoverbevisning.

Folkerettslig sedvanerett vil i utgangspunktet være bindende for alle nasjoner og utgjør på den måten en begrensning i suverenitetsprinsippet. Det er ikke et krav at man eksplisitt vedtar sedvanen - man er automatisk bundet av den. Også nye nasjoner som har vokst frem, f.eks. etter kommunismens fall i Sovjet og oppdelingen av det gamle Jugoslavia, vil derfor være bundet av generelle sedvanerettsregler selv om de aldri har hatt mulighet til å gjøre anskrik mot dem.

6.1.2 Forholdet til traktatretten

Idet retten til selvforsvar, herunder også preventivt selvforsvar, er traktatfestet i Pakten Art. 51, må spørsmålet om forholdet til sedvaneretten drøftes. Dette har vi valgt å gjøre senere under kap. 7. Det påpekes likevel her at en sedvanerett kan eksistere ved siden av traktatretten. Det ene vil ikke automatisk utelukke det andre.

6.2 Caroline-saken – den sedvanerettslige hjemmelen for preventivt selvforsvar

6.2.1 Faktum

Grunnlaget for den sedvanerettslige regel om retten til selvforsvar finnes i Caroline-saken fra 1837. Faktum i saken var at det i Canada, som da var britisk koloni, fantes en gruppe opprørere som kjempet mot den britiske kolonimakten. I grenseområdene mellom Canada og USA var det mange amerikanere som åpent støttet opprørerne, både

⁶⁵ Ruud/Ulfstein: Innføring i folkerett (1998), s. 51-52.

i form av utstyr og styrker. Opprørerne hadde base på Navy Island i Niagara-elven på canadisk territorium, men fikk forsterkninger fra amerikansk side. Forsterkningene ble fraktet med båten "Caroline", som gikk i fast rute mellom amerikansk og canadisk territorium. Dette gjorde at opprørerne kunne gjøre anslag mot canadiske båter og baser. Om natten den 29. desember 1837, krysset en britisk styrke elven med oppdrag å uskadeliggjøre "Caroline". Båten, som da hadde forflyttet seg fra Navy Island og inn i amerikansk farvann, ble angrepet, satt fyr på og deretter sendt utfor Niagarafossen. Under angrepet mistet to amerikanere livet. Dette førte til en omfattende brevveksling mellom den amerikanske og britiske regjering, der det fra amerikansk side ble heftig protestert mot angrepet fordi dette fant sted på amerikansk territorium. Britene hevdet derimot at USA ikke hadde gjort nok for å forhindre at opprørerne kunne operere fra amerikansk territorium. Begge parter var imidlertid enige om at det eksisterte en rett til preventive angrep som selvforsvar.⁶⁶ Brevvekslingen nådde et klimaks i april 1841 da utenriksminister Daniel Webster, i et brev til den britiske representanten Henry S. Fox i Washington D.C., formulerte USAs syn på retten til selvforsvar. Ifølge Webster var dette en rett som tilfalt alle selvstendige stater når omstendighetene tilsa det. Kravene til lovlig selvforsvar var ifølge Webster at den aktuelle situasjonen tilsa *"a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation."*⁶⁷ Caroline-saken ble senere avgjort ved utveksling av noter.

6.2.2 Rettslig betydning

Caroline-saken er senere blitt oppfattet som et uttrykk for det sedvanerettslige grunnlaget for en rett til selvforsvar. Dersom forholdene oppfyller testen som Webster beskrev, har en stat rett til å bruke makt for å forsvare seg selv. Det stilles dessuten krav om at selvforsvarsakten ikke må overstige det som er nødvendig i forhold til trusselen.⁶⁸ Det spesielle med Caroline-saken er at britene gikk til angrep på amerikansk territorium uten at de to landene var i krig. Dermed kan den også brukes til inntekt for en rett til preventivt selvforsvar. Det nærmere innholdet i de ulike kravene vil det redegjøres for nedenfor, da disse også har gyldighet i moderne folkerett.

⁶⁶ Sofaer: On The Necessity Of Pre-emption.

⁶⁷ Dette har i ettertid blitt omtalt som "Caroline-doktrinen".

⁶⁸ Webster skrev at "Britain must show it "did nothing *unreasonable* or *excessive*; since the act justified by the necessity of self-defence, must be limited by that necessity, and kept clearly within it"" (kursivert her). Webster utdyper også hvordan han mener disse kravene passer på den foreliggende situasjonen.

6.3 Utviklingen frem mot Den første verdenskrig

Etter Caroline-saken og frem til Den første verdenskrig var det ikke vanlig å skille mellom begrepene selvforsvar, selvbevarelsesrett og nødrett. På denne tiden ble Caroline-saken tatt til inntekt for alle disse ulike rettstilstandene. Den ble drøftet under en nødvendighetsdoktrine, dvs. hvilke handlinger som er nødvendige for statens sikkerhet og samtidig henført under doktrinen om selvbevarelsesrett ("self-preservation"). Ved utbruddet av Den første verdenskrig hadde det utviklet seg et prinsipp om statenes rett til preventivt selvforsvar ("anticipatory self-defence"). Også dette prinsippet utledes av Caroline-saken.

6.4 Mellomkrigstiden – frem mot dannelsen av FN

I mellomkrigstiden (1920-1945) må sedvaneretten ses i sammenheng med de ulike forsøk på å knesette et generelt maktforbud.⁶⁹ Maktforbudet skulle i prinsippet være absolutt, men det er tvilsomt om hvorvidt det var meningen at forbudet skulle begrense retten til selvforsvar slik det var utviklet frem til ca. 1914. Siden retten til selvforsvar ikke ble gjenstand for traktatfesting i samme grad som maktforbudet ble, medførte dette at grensen mellom et traktatfestet voldsforbud og en sedvanerettslig rett til selvforsvar ble noe uklar. Vedtakelsen av Pakten utgjorde et forsøk på å klargjøre situasjonen, ved at man fastslo en rett til selvforsvar i Paktens Art. 51. Det er likevel, også i dag, omdiskutert i hvilken grad dette påvirket sedvaneretten.⁷⁰

Ved utbruddet av Den andre verdenskrig var den sedvanerettslige retten til selvforsvar begrenset til tilfeller hvor det forelå et væpnet angrep mot staten, eller en umiddelbar militær trussel mot staten som sådan. Retten var videre begrenset til å gjelde forsvar av eget territorium og innenfor denne rammen kunne prinsippene fra Caroline-saken tjene som vilkår for retten til selvforsvar.⁷¹

Dette synspunktet støttes også av uttalelser fra Nürnberg-domstolen etter Den andre verdenskrig.⁷² Under krigsoppgjøret hevdet Tyskland at angrepet på Norge var et lovlig selvforsvar. Tankegangen var at dersom ikke Tyskland tok Norge, ville de allierte styrkene bruke Norge som utgangspunkt for et angrep på Tyskland, og at Tysklands invasjon av Norge derfor måtte være legitimt etter prinsippene om preventivt

⁶⁹ Om maktforbudet under pkt. 5.1.

⁷⁰ Se om forholdet mellom Art. 51 og sedvaneretten under kap. 7.

⁷¹ Bring: FN-stadgan och världspolitiken. Om folkrätten i en föränderlig värld, s. 156.

⁷² Judgement of the International Military Tribunal, Nuremberg (1946), jfr. Green: International Law Through The Cases, s. 681.

selvforsvar. Domstolen forkastet denne påstanden og slo fast at "*preventive action in foreign territory is justified only in case of an instant and overwhelming necessity for self-defence, leaving no choice of means and no moment for deliberation.*" Retten hevdet at invasjonen ikke var gjort i hensikt å forhindre et *nært forestående* alliert angrep, men at hensikten derimot var å hindre en fremtidig alliert okkupasjon av Norge. FNs Generalforsamling stadfestet også at de folkerettslige prinsipper som ble anerkjent og anvendt av Nürnbergdomstolen,⁷³ er å anse som folkerettslig sedvane. Resolusjonen ble enstemmig vedtatt og gir klare indikasjoner på at det på denne tiden forelå en viss rett til preventivt selvforsvar.

6.5 Vilkårene for selvforsvar – herunder preventivt selvforsvar

Hvorvidt det også i dag eksisterer en sedvanerettslig hjemmel for preventivt selvforsvar, avhenger av hvor langt den generelle retten til selvforsvar rekker. At en slik generell rett til selvforsvar eksisterer er utvilsomt, jfr. Pakten Art. 51. Det blir imidlertid hevdet at en slik rett til selvforsvar også kan utledes av internasjonal sedvanerett.⁷⁴ Spørsmålet i det følgende er hvorvidt sedvaneretten også hjemler en rett til *preventivt* selvforsvar. I Nicaragua-saken uttaler ICJ:

*"Article 51 of the charter is only meaningful on the basis that there is a 'natural' or 'inherent' right of self-defence and it is hard to see how this can be other than of a customary nature, even if its present content has been confirmed and influenced by the Charter... It cannot, therefore be held that article 51 is a provision which 'subsumes and supervenes' customary international law. It rather demonstrates that in the field in question, the importance of which for the present dispute need hardly be stressed, customary international law continues to exist alongside treaty law."*⁷⁵

Ifølge Caroline-saken stilles det forholdsvis strenge krav til den aktuelle situasjon for å legitimere selvforsvar. Hva som eksplisitt kan trekkes ut av denne saken, er noe omdiskutert. I teorien er det hevdet at prinsippene om nødvendighet (necessity) og umiddelbarhet (immediacy) må anses å være en del av den internasjonale

⁷³ GA Res. 95 (I), 11.12.1946.

⁷⁴ Om forholdet mellom disse rettsgrunnlagene i kap. 7.

⁷⁵ ICJ Rep. 1986 s. 14, para. 176.

sedvaneretten.⁷⁶ Ser man disse kravene i sammenheng tilsier det at retten til selvforsvar er forholdsvis begrenset. Dersom det i tillegg skal være tillatt for en stat å slå til først, tilsier dette at en slik rett bør være enda mer begrenset. Kun i de tilfeller hvor alle andre alternativer for tvisteløsning er uttømt, har en stat adgang til å handle preventivt. For at retten til selvforsvar skal være intakt, må kravene til umiddelbarhet, nødvendighet og proporsjonalitet være oppfylt. Disse kravene er ansett å være minstevilkår for at man kan handle i selvforsvar; spørsmålet er om det må stilles strengere krav for at en stat skal anses berettiget til å utøve et preventivt selvforsvar. Dersom man ignorerer disse kravene kan enhver grensekonflikt potensielt være starten på en mer omfattende krig.

6.5.1 Kravet til umiddelbarhet

I kravet til umiddelbarhet ligger at et eventuelt preventivt anslag må være et resultat av en reell trussel som kan realiseres når som helst – en krig må være nært forestående. Utgangspunktet for umiddelbarhetskravet⁷⁷ i forbindelse med selvforsvar, er at selvforsvarshandlingen må være et umiddelbart svar på angrepet. Overført til en evt. rett til preventivt selvforsvar, bør kravet formuleres noe annerledes idet det her ennå ikke foreligger et faktisk angrep å forsvare seg mot. Preventivt selvforsvar må i denne sammenheng være resultat av et *nært forestående* angrep. Det er her noen teoretikere som prøver å skille mellom antesipert og avvergende selvforsvar.⁷⁸ Avvergende selvforsvar synes å fylle kravet til umiddelbarhet, siden det i slike tilfeller vil være snakk om å slå tilbake et angrep som er i sin startfase. I disse tilfeller vil man være meget nært opp til grensen mot et ”armed attack” etter Pakten Art. 51. Spørsmålet er hvor lenge man skal kreve at en nasjon må sitte og observere et annet land i sine krigsforberedelser, før man tillater at staten iverksetter mottiltak. Tidsfaktoren blir dermed en viktig del av vurderingen. Så lenge det ennå finnes tid til å løse konflikten på andre måter, er umiddelbarhetskravet ikke oppfylt.⁷⁹ Problemet med en rett til preventivt selvforsvar, er å avgjøre tidsspørsmålets utgangspunkt. Ved ”konvensjonelt” selvforsvar vil utgangspunktet for vurderingen være den aggressive handling (”armed attack”). Man har da et noe mer konkret holdepunkt for å vurdere hvorvidt mottiltaket er

⁷⁶ Bothe hevder også at disse kravene har gyldighet under tolkningen av Pakten Art. 51. Begrensningene i retten til selvforsvar følger ikke direkte av ordlyden i Art. 51, men er et resultat av sedvanerettens påvirkning av traktaten. Prinsippene danner også grensene for preventivt selvforsvar, jfr. under.

⁷⁷ Både ”immediacy” og ”imminence” brukes om dette kravet i relasjon til retten til selvforsvar. Det synes derimot å omhandle det samme tema og medfører ingen realitetsforskjell.

⁷⁸ Se kap. 4.

⁷⁹ Om alternative konfliktløsninger under pkt. 6.5.2.

en umiddelbar reaksjon på det væpnede angrep. Når man skal vurdere hvorvidt et preventivt angrep er lovlig i henhold til dette kravet, har man ikke det samme utgangspunkt. Kjernen i problemstillingen er jo nettopp at et angrep ennå ikke har funnet sted. Det vil også være vanskelig, nærmest umulig, å fastslå når et eventuelt angrep vil komme, dersom det i det hele tatt kommer. Det hele må bero på en konkret helhetsvurdering, hvor problemet er hvorvidt det kan fremlegges bevis for at et angrep var tilstrekkelig nært forestående. Det foreligger en begrenset relevant praksis på dette området, men det finnes noen. Som tidligere nevnt angrep Israel i 1981 en irakisk atomreaktor (Osirak) og hevdet at angrepet var lovlig etter teorier om preventivt selvforsvar. Israel påberopte seg det samme grunnlaget i 1967 i etterkant av konflikten med Egypt. I motsetning til i 1981 kom Sikkerhetsrådet her ikke frem til noen skyldfordeling. Dette kan tyde på at kravet til umiddelbarhet i dette tilfellet ble ansett som oppfylt.⁸⁰

6.5.2 Kravet til nødvendighet

Nødvendighetsvilkåret skal i prinsippet sette rammene for under hvilke omstendigheter selvforsvar skal kunne utøves. Da kravet ble formulert på midten av 1800-tallet, var ikke den juridiske betydningen så veldig markant. Som påpekt tidligere var krig en tilnærmet akseptert hendelse i hverdagen og det krevdes ikke veldig mye før man kunne bruke makt under selvforsvar. Etter Den andre verdenskrig og vedtagelsen av FN-pakten har derimot nødvendighetskravet fått en mer sentral betydning. Maktforbudet i Pakten Art. 2 (4) setter en høyere terskel for når makt er tillatt - også som ledd i et selvforsvar. En viktig faktor i denne sammenhengen er hvorvidt andre muligheter for konfliktløsning foreligger. Dersom dette er tilfellet, er det meget som taler for at kravet til nødvendighet ikke er oppfylt. Dette vil være i tråd med de retningslinjer som Pakten setter opp og som også må sies å være en del av den etablerte praksis. Krig er en absolutt siste utvei for løsning av konflikter. Er derfor andre løsninger mulig har man ikke retten til selvforsvar i behold. Det er utvilsomt at rene trusler ikke er tilstrekkelig for at kravet til nødvendighet skal anses oppfylt. Det er sikker rett at ikke ethvert brudd på Art. 2 (4) medfører at retten til selvforsvar inntreffer. Det må foreligge objektive synbare omstendigheter for at en eventuell rett skal tre i

⁸⁰ Sikkerhetsrådet fattet ingen resolusjon etter krigen og det er derfor vanskelig å trekke klare konklusjoner i forhold til kravene.

kraft. Selv om Israels angrep mot Egypt ikke ble fordømt, er ikke en mobilisering i grenseområder antatt å kunne utløse en rett til preventivt selvforsvar. I den saken var det andre omstendigheter i tillegg som kunne rettferdiggjøre Israels handlinger, bl.a. kan det diskuteres om hvorvidt ikke Egypt tidligere i konflikten, hadde foretatt handlinger som omfattes av uttrykket "armed attack" i henhold til Pakten Art. 51. Det kan hevdes at blokaden av Suezkanalen i seg selv utgjorde maktbruk, og dermed legitimerte Israels handlinger.

Også Pakistan og India har ved ulike anledninger mobilisert ved grenseområdet Kashmir, et område som begge hevder å ha suverenitet over. Dersom det eksisterer en utvidet rett til preventivt selvforsvar, vil slike konflikter kunne blomstre ut i full krig. I løpet av perioden etter Den andre verdenskrig og frem til ca. 1990 førte opprustning og spenningen mellom øst og vest til flere "nesten-konflikter". Terrorbalansen var et omdiskutert tema og man kan spørre seg om det i løpet av det siste halve århundret muligens har vært situasjoner der, hvis påberopt, et preventivt selvforsvar ville blitt ansett som lovlig. Cuba-krisen og krigene i Korea og Vietnam er tradisjonelt blitt ansett som kriger mellom øst og vest, men det har aldri blitt reist spørsmål om preventivt selvforsvar. Det kan være mange grunner til dette, men frykten for å starte tredje verdenskrig var nok en viktig faktor. Disse hendelsene har derimot ikke utløst noen rett til selvforsvar i form av preventive handlinger. Dette har nok også gode grunner for seg; en stat som føler seg truet vil kanskje ha en tendens til å feilbedømme situasjonen. Dersom det stilles strenge krav til nødvendigheten av preventive angrep, burde dette føre til at man i det lengste avstår fra å iverksette slike tiltak. Dette gjelder desto mer med tanke på de våpen som er tilgjengelige i dag. Man kan argumentere for at masseødelegglesesvåpnene tilsier at listen for maktbruk bør legges høyere i dag enn den gjorde i tiden rett etter Den andre verdenskrig.

6.5.3 Kravet til proporsjonalitet

Caroline-doktrinen stiller også opp et krav til proporsjonalitet.⁸¹ I dette kravet ligger at en selvforsvarshandling ikke må gå ut over hva som er strengt nødvendig for å slå tilbake angrepet. Grensen mellom selvforsvar og handlinger som kan defineres som aggressive ligger her. Overskrides dette prinsippet vil man etter hvert gå over i en

⁸¹ Webster skrev at Storbritannia hadde bevisbyrden for at de ikke gjorde noe "unreasonable or excessive; since the act justified by the necessity of self-defence, must be limited by that necessity, and kept clearly within it."

invasjonskrig, som igjen vil utløse rett til selvforsvar på den annen side.

Problemstillingen i tilfeller av preventive anslag vil være å vurdere hvor mye som skal til for å få den annen stat til å avstå fra sine invasjonspaner. I slike tilfeller vil det være vanskelig å vurdere hvilken styrke man skal tillate av den preventive handling. Man vil ikke ha noe konkret angrep å svare på og det blir i langt større grad en hypotetisk vurdering av når den annen stat eventuelt vil avstå fra sine planer. Dette er omtrent like vanskelig å forutse som det er å forutse *om* angrepet i det hele tatt kommer.

Kravene til proporsjonalitet og nødvendighet henger nøye sammen. Dette ble blant annet slått fast av ICJ i forbindelse med Nicaragua-saken⁸² og ble bekreftet av FNs Generalforsamling i atomvåpensaken.⁸³ For at et preventivt angrep skal kunne anses lovlig, må ikke angrepet overstige hva som er strengt nødvendig for å stoppe den aggressive staten fra å gjennomføre sine hensikter. Det som finnes av retningslinjer for å bedømme hva som er nødvendig og proporsjonalt, er stort sett uttalelser av generell karakter. Dommer Ago, som også satt som dommer i Nicaragua-saken, har publisert en rapport der det gis uttalelser angående disse prinsippene.⁸⁴ Her sies det at nødvendighetsprinsippets kjernebetydning er hvorvidt det finnes alternative måter å stoppe et eventuelt angrep på. Dommer Ago mener at den angrepne staten ikke kan ha andre muligheter for å stoppe angrepet på enn å ty til maktbruk. Selv om uttalelsene i denne rapporten i hovedsak synes å gjelde "rent" selvforsvar, må tankegangen også være gjeldende for preventivt selvforsvar. Problemet blir naturligvis å bevise at et angrep var så nært forestående at motangrep var uunngåelig. Kan man derimot bevise dette, vil man i neste omgang måtte bevise at alle andre muligheter til å løse konflikten på var uttømt.

Videre hevdes det i rapporten at proporsjonalitetsprinsippet må vurderes ut fra hvilke handlinger en stat foretar seg i selvforsvar og formålet bak disse handlingene. Formålet med selvforsvar vil alltid være å slå tilbake et angrep, dette ligger i selve konseptet med selvforsvar. I det angrepet er slått tilbake eller avbrutt, er også retten til selvforsvar i prinsippet ikke lenger til stede. Selvforsvarshandlingene må altså ses i lys av dette

⁸² ICJ Rep. 1986 s. 14, para. 176: "there is a specific rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law."

⁸³ ICJ Advisory opinion, July 8, 1996, para. 41: "the submission of the exercise of the right of self-defence to the conditions of necessity and proportionality is a rule of customary international law."

⁸⁴ YBILC (1980), vol. II, part 1, s.69.

formålet, *ikke* i lys av angrepet. Dette betyr videre at de handlinger man foretar seg i selvforsvar i enkelte situasjoner kan være disproportjonelle i forhold til de handlinger angriperstaten foretar. I atomvåpensaken⁸⁵ fastslo ICJ at proporsjonalitetsprinsippet i seg selv ikke ekskluderte bruk av atomvåpen i selvforsvar. For at en selvforsvarsakt skal anses lovlig, må den også møte de krav som stilles i krigens folkerett, som skal beskytte de prinsipper og regler som følger av menneskerettighetene. For at et preventivt anslag skal anses lovlig, må det derfor holde seg innenfor disse rammene. Vurderingsnormen i slike tilfeller vil være hva som er nødvendig for å stoppe angriperstaten fra å gjennomføre sine intensjoner, siden det ennå ikke vil være noe angrep å slå tilbake.

6.6 Statspraksis

Statspraksis på dette området er noe uklar. Selv om det til ulike tider har vært hevdet å foreligge en rett til preventivt selvforsvar, gir ikke praksisen gi noe entydig svar på hvor langt en slik rett rekker. Den foreliggende praksis er til en viss grad redegjort for under de forskjellige kravene til legitimiteten av preventivt selvforsvar. Problemstillingen her er om det kan pekes på en konsekvent og ensrettet praksis fra noen stater som kan peke i retning av å være et utslag av opinio juris. En måte å skape ny sedvanerett er at man foretar en handling som bryter med tidligere praksis og fremsetter et nytt rettslig krav/argument som støtter den nye handlemåte. I den siste tiden er diskusjonen om rekkevidden av denne retten blusset opp igjen, bl.a. som følge av USAs handlemåte i Midtøsten og Israels angrep på Syria. Denne utviklingen vil derimot behandles under kap. 8. I denne delen av oppgaven vil vi ta for oss statspraksis frem til milleniumskiftet, for å belyse tilstanden før de siste handlinger i Midtøsten.

Israel har som nevnt, ved flere anledninger, anført preventivt selvforsvar som hjemmel for sine angrep, bl.a. på Irak og Egypt og nå også Syria. Denne praksisen ser derimot ikke ut til å bli støttet av andre land, bortsett fra i enkelte tilfeller. Praksis tyder heller på at adgangen til preventivt selvforsvar er forholdsvis mye snevrere enn det f.eks. Israel har anført. De eksempler som er nevnt ovenfor, viser at det bare er USA og Israel som følger denne praksisen.

Problemet med å slå fast praksis på dette området er at spørsmålet sjelden er aktuelt. Dermed er det heller ikke lett å slå fast når en eventuell praksis er så konstant at den kan sies å være et utslag av opinio juris.

⁸⁵ ICJ Advisory opinion, July 8. 1996

6.7 *Opinio juris*

Spørsmålet her er om de preventive handlinger statene foretar seg, er et resultat av en rettsoverbevisning. Videre vil det være et moment hvorvidt andre land også deler samme overbevisning. Her vil det nødvendigvis danne seg flere oppfatninger om hva som er gjeldene rett. Som en følge av at antall internasjonale organisasjoner øker i antall, vil det etter hvert danne seg ulike konstellasjoner av partnere, eller allianser. Dersom et av alliansemedlemmene er involvert i den aktuelle konflikt, vil de andre ha en tendens til å støtte den involverte part. Om sympatiene er utslag av reell rettsoverbevisning eller bare et utslag av forpliktelse overfor alliansen, er umulig å si. Derimot må man nok anta at de argumenter som anføres av en stat, er de man må legge til grunn når man skal analysere rettsoppfatningen på det aktuelle området. Også uttalelser fra internasjonale organer vil kunne være bestemmende for *opinio juris*. Særlig resolusjoner fra FN og avgjørelser fra ICJ vil være sentrale her.

Israels handlemåte i de nevnte situasjoner, synes ikke å ha dannet et nytt sedvanerettslig grunnlag for preventivt selvforsvar. Selv om Israel selv mener at disse aksjonene var berettiget, er ikke dette nok til å skape ny rett. Angrepet på Irak ble som nevnt fordømt av FN, og i konflikten med Egypt kan man ikke trekke klare nok konklusjoner til å hevde at dette er utslag av *opinio juris*. Enkelte andre land kan nok sympatisere med de argumenter som anføres fra Israels side, men dette vil ikke slå igjennom i forhold til de uttalelser Sikkerhetsrådet kommer med.

USAs argument ved angrepet på Libya, var at denne retten var i overensstemmelse med Pakten Art. 51.⁸⁶ Denne handlemåten er dermed ikke utslag av en rettsoverbevisning som kan danne grunnlag for ny rett. Siden USA henviser til traktatretten, kan man ikke automatisk anføre de samme argumenter inn under sedvaneretten.

6.8 Hvilke slutninger kan trekkes?

Selv om Caroline-saken også i dag blir brukt som grunnlag for den sedvanerettslige retten til selvforsvar, er forståelsen av kravene den stiller opp noe forskjellige.

Rekkevidden av denne retten er derfor noe omdiskutert. Sofaer hevder i en artikkel⁸⁷ at Websters formulering ikke burde forstås som en generell regel for preventive angrep. Det hevdes her at Caroline-saken bør begrenses til de tilfeller hvor den stat hvis

⁸⁶ Se kap. 5.

⁸⁷ Sofaer: On the Necessity of Pre-Emption, pkt. A.

territorium det preventive angrepet utføres på (her: amerikansk territorium), ikke er ansvarlig for trusselen og hvor denne staten både er villig til og i stand til å hindre at trusselen vil bli realisert. Den generelle regelen er den samme under alle tilfeller av bruk av makt; nødvendigheten av å handle under de relevante omstendigheter, samt at disse handlinger er proporsjonale i forhold til den aktuelle trussel. Ved en slik tilnærming kan ikke nødvendighetskravet bli imøtekommet ved at den truede stat mer eller mindre vilkårlig mener at en trussel eksisterer. Snarere, kravet må baseres på faktorer og omstendigheter som legaliserer maktbruk i henhold til folkerettslige prinsipper og Pakten. Videre stilles det opp fire vilkår som inngår i vurderingen av nødvendighet, nemlig; 1) trusselens karakter; 2) sannsynligheten av at trusselen blir realisert; 3) tilgangen av alternative virkemidler og uttømmende forsøk på å anvende disse; 4) i hvilken grad preventiv maktbruk er i tråd med de verdier og formål Pakten og andre aktuelle traktater setter.

Trusselbildet vil variere over tid, og det samme vil følgelig trusselens karakter. Det er vanskelig å gi noen generell retningslinje for når trusselen er så alvorlig at man kan gå til preventivt mottiltak. Derimot kan det stilles opp noen retningslinjer for vurderingen, men disse vil ikke være absolutte eller uttømmende. Hvilke type våpen som sannsynligvis vil bli brukt under et angrep er et vurderingsmoment i likhet med hvem disse våpnene vil bli brukt av. Sofaer synes ikke å skille mellom en stat eller en selvstendig gruppe som angriper. Det avgjørende i så måte er hvor trusselen kommer fra, uavhengig om organisasjonen er underlagt denne staten eller ikke. Dette ble illustrert i bombingene av Afghanistan, der USAs mål var å ødelegge terrornettverket Al-Qaida. Den truende stats historie vil også være et relevant moment, dersom det er en stat med historie for å bruke makt kan dette tilsi at terskelen i fremtiden synker. Irak har flere ganger utgjort en trussel mot sine naboer i Midtøsten, ved at de har gått til angrep på både Iran, Kuwait og Israel og har ved flere anledninger hevdet at Israel er en stat som ikke fortjener å eksistere. Dette tyder på at Irak ikke vil nøle med å anvende makt og dermed utgjør de en større trussel enn andre stater.

Sannsynligheten for at trusselen realiseres, avhenger blant annet av statens kapasitet til å gjennomføre et eventuelt angrep. Militære forberedelser (mobilisering) kan alene tyde på en aggressiv holdning, men er ikke nok til å bevise intensjoner om å angripe. Et preventivt angrep krever at man kan bevise et nært forestående angrep. Ser man på Israels angrep på Osirak (1981), kan det argumenteres med at sannsynligheten for at Irak ville angrepet Israel ville økt dersom de faktisk hadde utviklet atomvåpen. Likevel

var ikke dette nok til at Israel ble ansett berettiget til å utøve preventivt selvforsvar. Kravet til umiddelbarhet ("imminence") var ikke oppfylt.

For å godtgjøre nødvendighetskravet må som sagt alle alternative løsninger være uttømt. Et slikt krav er i samsvar med de krav som stilles til bruk av makt også under FNs regi. Pakten kapittel VII, som gir Sikkerhetsrådet kompetanse til å bruke makt, sier at alle fredelige midler må vurderes som utilstrekkelige før det kan anvendes militær makt. Også formålet med Pakten tilsier at alle fredelige løsninger først må være uttømt. Et siste krav som oppstilles, er at de preventive tiltakene ikke må stride mot de verdier og formål som er anerkjent i folkeretten. Dette må først og fremst ses i lys av maktforbudet i Pakten Art. 2 (4). Sofaer hevder at det er en uoverensstemmelse mellom den gjengse tolkningen av forbudet som et absolutt og generelt maktforbud og passusen om forbudet mot maktbruk som strider mot formålene til FN. Han hevder at det nettopp er formålene til FN som gjør at man må bruke makt. Å anvende makt for å avvæpne en aggressiv stat, uten å forandre dets territorium eller frata dets suverenitet, er et mål som er i tråd med formålene til FN.

Hvorvidt dette resonnementet kan sies å gi uttrykk for gjeldende sedvanerett er noe usikkert. Selv om det kan være lett å være enig i at prinsippene oppstilt i henhold til Caroline-saken kan være noe uklare, særlig med henblikk på de spesielle omstendigheter rundt denne (de faktiske forhold og rettstilstanden på 1840-tallet). Det er tross alt godt over 150 år siden doktrinen ble formulert og folkeretten har forandret seg meget siden den gang. På den andre siden er dette 150 år hvor regelen har blitt bearbeidet og har hatt tid til å feste seg. Fra tid til annen har spørsmålet om preventivt selvforsvar kommet opp, men det er aldri blitt slått eksplisitt fast hva som eventuelt ligger i en slik sedvanerettslig regel. I det siste har imidlertid situasjonen i Midtøsten og terrorproblematikken gjort problemstillingen høyaktuell. I hvilken grad denne måten å fremstille spørsmålet på, til syvende og sist vil avvike fra den mer tradisjonelle måten, synes også noe usikkert. De vurderingsnormer Sofaer legger til grunn vil nok også kunne henføres under den "tradisjonelle" tilnærmelsen.

6.9 Avslutning

I forbindelse med angrepet på Irak i 2003, blusset spørsmålet om preventivt selvforsvar opp igjen. USA og Storbritannia ble møtt med kraftig kritikk fra mange hold for måten de taklet denne konflikten på, og det ble spekulert i om man kunne hjemle denne krigen i folkeretten. En av hjemlene det ble spekulert i var om dette kunne anses som

selvforsvar, eller rettere sagt preventivt selvforsvar.

Det synes å være vanskelig per i dag å slå fast nøyaktig hvor grensene for selvforsvar ligger. De retningslinjer som finnes i praksis er noe uklare og er i teorien blitt tolket på ulike måter. Det er derimot antydninger i praksis for at det eksisterer en snever rett til preventivt selvforsvar etter sedvanerettslig hjemmel i dag. Denne rekker dog ikke langt, og det er vanskelig å se om den har endret seg i tiden etter Den andre verdenskrig og frem til århundreskiftet.⁸⁸ Dette betyr at de retningslinjer som er trukket med grunnlag i Caroline-saken også vil ha gyldighet i dag. ICJ har i sin praksis lagt vekt på disse momentene og tolket de i lys av den aktuelle situasjon.

Som sagt er denne retten meget snever og skal ikke overdrives. Det virker som om det kun er i situasjoner hvor et eventuelt angrep er uunngåelig, eller der forberedelsene til angrepet er kommet så langt at det grenser opp mot "armed attack" i Pakten Art. 51, at en rett til preventivt selvforsvar kan foreligge.

De problemstillinger som reiser seg etter dette, er for det første hvorvidt denne retten påvirkes av de reguleringer Pakten stiller opp. Den andre problemstillingen er i hvilken retning utviklingen av denne retten går. Dette vil bli drøftet under i kap. 7 og 8.

⁸⁸ Se om utviklingen videre kap. 8.

7 Forholdet mellom FN-pakten Art. 51 og sedvaneretten

7.1 Innledning

Et svært omdiskutert spørsmål under debatten om statenes rett til å utøve selvforsvar, er som nevnt om Art. 51 skal suppleres av den sedvanerettslige adgangen til preventivt selvforsvar, jfr. Caroline-doktrinen, eller om Art. 51 avskjærer en slik utvidet selvforsvarsrett. Den tidligere lederen av Haagdomstolen, britiske Humphrey Waldock, formulerte problemstillingen slik;

*"Does Article 51 cut down the customary right by restricting forcible self-defence to cases where the attack provoking it has actually been launched? The question is whether the words 'if an armed attack occurs' introduce into the law of self-defence the principle of the second blow – the riposte to a stroke already delivered – as a rigid test of legitimate self-defence. If so, an imminent threat is no longer sufficient to create an immediate right to resort to force to self-defence."*⁸⁹

Utgangspunktet for diskusjonen er ordlyden i Art. 51 hvor det som nevnt heter at Paktens øvrige regler ikke begrenser "the inherent right.....to self-defence". Det finnes ingen klar konklusjon på dette spørsmålet og anerkjente folkerettsjurister har fremsatt svært motstridende synspunkter. Diskusjonen startet allerede kort tid etter Paktens ikrafttredelse og den synes ikke å avta med årene. Den nye og mer offensive amerikanske sikkerhetspolitikken, herunder USA og Storbritannias angrep på Irak, har ført til en svært opphetet debatt. Grensene blir stadig tøyet og Paktens strenge ordlyd synes å komme stadig mer i bakgrunnen. I det følgende skal vi se nærmere på noen av de standpunktene som er fremmet og hvordan de mest fremtredende teoretikerne begrunner sitt syn.

⁸⁹ Waldock: The regulation of the Use of Force by Individual States in International Law, s. 497.

7.2 Utvidende tolkning?

En av dem som gir sin støtte til en utvidende forståelse av Art. 51, er Humphrey Waldock. Han mener at et væpnet angrep ikke skal anses som en absolutt betingelse for retten til å utøve selvforsvar. Hans liberale syn kom til uttrykk gjennom to artikler i Haagakademiets forelesningsserie.⁹⁰ Waldock hevder at innledningsordene i Art. 51 vanskelig kan tolkes på annen måte enn at bestemmelsen ikke var ment å begrense den sedvanerettslige retten til selvforsvar slik denne var før 1945. Forarbeidene fra San Francisco viser at Art. 51 ble inntatt i teksten for å klargjøre sikkerhetsrådets fredsbevarende rolle i forhold til de regionale organisasjonene. Dersom bestemmelsen om kollektivt selvforsvar hadde blitt inntatt i FN-paktens kapittel VII ville de regionale organisasjonene etter Paktens kapittel VIII, vært avhengige av Sikkerhetsrådets samtykke i forkant av hver regionale "enforcement action", også for de som ble utøvet i selvforsvar. Det vises her til pkt. 5.8 om the Act of Chapultepec og the Defence Pact of the Arabic League, som var to av de regionale ordningene som hjemlet kollektivt selvforsvar og som altså kunne opprettholdes gjennom regelen i Art. 51. Waldock hevdet at komitéen III/4 i San Francisco kun hadde til hensikt å opprettholde slike regionale løsninger når de utarbeidet teksten i Art. 51 og konkluderer på denne bakgrunn med at det ikke var komitéens intensjon å begrense selvforsvarsretten utelukkende til tilfeller hvor det foreligger et "armed attack". Den sedvanerettslige adgangen til å utøve selvforsvar, jfr. Caroline-doktrinen, skulle bestå ved siden av Art. 51, evt. innfortolkes i bestemmelsen. Waldocks teori bygger således på at Paktens forfattere kun har beskrevet én av flere situasjoner som berettiger en utøvelse av selvforsvar. I tillegg til forarbeidene henviser Waldock til bestemmelsens ordlyd for å underbygge sitt standpunkt. Det følger av Art. 51 at et selvforsvar kun er berettiget inntil Sikkerhetsrådet har iverksatt tiltak "to maintain international peace and security". Statene kan således utøve selvforsvar inntil Sikkerhetsrådet griper inn for å *opprettholde* den internasjonale fred og sikkerhet. Strengt tatt er det litt sent å iverksette tiltak for å opprettholde en fred og sikkerhet dersom det allerede foreligger et væpnet angrep. Dersom et "armed attack" var ment som et absolutt vilkår for en rett til selvforsvar, hevder Waldock at forfatterne burde brukt den samme formuleringen som i Art. 39 og Art. 51 annet ledd. Her heter det at Sikkerhetsrådets oppgave er å opprettholde og

⁹⁰ Waldock: The regulation of the Use of Force by Individual States in International Law. s. 495 flg. og Waldock: General Course on Public International Law, s. 230 flg.

gjenopprette den internasjonale fred og sikkerhet.

Selv om Waldock hardnakket hevder at Art. 51 var ment å skulle tolkes utvidende, må det påpekes at han likevel ikke mener at en slik vid adgang til selvforsvar også er det rette. Han er ikke tilhenger av en lav terskel for lovlig bruk av militær makt. Selv om Art. 51 altså ikke skal tolkes som en begrensning i adgangen til å utøve selvforsvar, mener han at faren for misbruk kan begrenses ved å supplere Art. 51 med "the Caroline-criteria". Sedvaneretten skal med andre ord innfortolkes i Art. 51, evt. fortsatt eksistere som et selvstendig rettsgrunnlag ved siden av Art. 51.

Den australske professoren Julius Stone er mer forsiktig i sin argumentasjon. Han hevder i likhet med Waldock at Art. 51 ikke skal underkastes en restriktiv tolkning. Stone tar utgangspunkt i maktforbudet i Art. 2 (4) og avviser det han kaller den ekstreme tolkningen av Art. 2 (4).⁹¹ I sitt verk "Aggression and World Order" hevder han at Paktens maktforbud bare retter seg mot vold rettet mot *"en annen stats territorielle integritet eller politiske uroligheter"*. Art. 51, påpeker han, er derfor ikke ment å begrense den sedvanerettslige adgangen statene har til å handle i selvforsvar. Dersom Pakten hadde blitt stående med den teksten den fikk under The Dumbarton Oaks Conference and Proposals ville situasjonen forblitt den samme som under Briand-Kellogg-pakten, dvs. et maktforbud med et underforstått unntak for den naturlige retten til selvforsvar. Når Art. 51 ble inntatt i teksten var det utelukkende for å unngå konflikten mellom Sikkerhetsrådets og statenes rettigheter – ikke for å omdefinere adgangen til selvforsvar.

Stone viser dessuten til rettspolitiske momenter i sin begrunnelse for en liberal tolkning. Dersom man underkaster uttrykket "if an armed attack occurs" en restriktiv tolkning innebærer det at man utelukker en absolutt nødvendig adgang til å utøve preventivt selvforsvar - en rett som er mer nødvendig i en tid hvor flere stater er i besittelse av kjernefysiske våpen. Stone konkluderer på denne bakgrunn med at Art. 51 må tolkes utvidende slik at den også hjemler en adgang til å utøve preventivt selvforsvar;

"In order to avoid denuding the concept of self-defence, these words should be interpreted broadly and liberally and should include any increased tension or

⁹¹ Stone: Aggression and World Order, s. 95.

*pressure which leaves the victim state with no alternative save military response."*⁹²

7.3 Restriktiv tolkning?

Waldock og Stone representerer en gruppe teoretikere som altså er for en liberal tolkning av Art. 51 og som hevder at Paktens forfattere verken mente å erstatte eller begrense den sedvanerettslige adgangen til preventivt selvforsvar. Denne gruppen er imidlertid i mindretall. Majoriteten av folkerettsjuristene hevder at Art. 51 og uttrykket "armed attack" i all hovedsak innebærer en uttømmende regulering av når statene er berettiget til å utøve selvforsvar. Tidlige representanter for dette synet var Hans Kelsen, Philip Jessup og Quincy Wright.⁹³

Et klassisk verk innen doktrinedebatten er Ian Brownlies "International Law and the Use of Force by States". Boken inneholder en veldokumentert argumentasjon for en utvidende tolkning av maktforbudet i Art. 2 (4) og dermed også en tilsvarende innskrenkende tolkning av Art. 51. Brownlie viser blant annet til flere punkter i forarbeidene fra forhandlingene i San Francisco. Han hevder at disse gir klare indikasjoner på at Paktens opphavsmenn hadde til hensikt å begrense statenes adgang til å bruke militær makt, og fremhever at uttrykket "armed attack" skal tolkes strengt etter sin ordlyd. Brownlie retter samtidig sterk kritikk mot de som hevder at Art. 51 inneholder en slags reservasjon mot Paktens maktforbud og at Art. 51 inkorporerer den tradisjonelle sedvaneretten. Som grunnlag for sin kritikk viser han til at den tradisjonelle sedvaneretten har sitt opphav i 1800-tallets statspraksis, fra en tid da statenes rett til å forsvare seg kunne rettferdiggjøre nesten enhver form for bruk av militær makt. Skulle Pakten videreføre en slik adgang til å utøve selvforsvar, innebærer det at maktforbudet i Art. 2 (4) er et så og si meningsløst forbud. Brownlie hevder imidlertid, i likhet med Waldock og Stone, at Art. 51 både ivaretar og viderefører den retten til selvforsvar som eksisterte før 1945. Han mener imidlertid at det ble ansett som strengt nødvendig med modifikasjoner i denne sedvaneretten og at regelen i Art. 51 derfor har transformert den tradisjonelle sedvaneretten til et konsept som passer bedre inn i Paktens regelsystem og formålet med dette.

En annen jurist som argumenterer sterkt imot både en alminnelig rett til å utøve preventivt selvforsvar og mot en mer begrenset rett til slikt selvforsvar, er professor

⁹² Stone: Conflict through Consensus, s. 49.

⁹³ Kelsen: The Law of the United Nations, Jessup: A modern Law of Nations og Wright: The Cuban Quarantine, s. 546 flg.

Louis Henkin (Columbia University, New York). Han har kommet med følgende uttalelse;

"Surely today's weapons render it even more important that nations should not be allowed to cry 'vital interests' or 'anticipatory self-defence' and unleash the fury. It is precisely in the age of the major deterrent that nations should not be encouraged to strike first under pretext of prevention or pre-emption." ⁹⁴

I motsetning til Stone, anser Henkin altså utviklingen innen våpenteknologien som et argument som taler imot en utvidende tolkning av ordlyden i Art. 51. I en tid der flere stater er i besittelse av atomvåpen og andre former for masseødeleggende våpen, er dette alene en god grunn til å begrense statenes adgang til å utøve makt til et minimum. Ifølge Henkin må følgelig en tolkning av Art. 51, som medfører at statene har en alminnelig rett til preventivt selvforsvar, være utelukket. Henkin utelukker likevel ikke at det under visse omstendigheter må foreligge en helt begrenset rett til å utøve et preventivt selvforsvar.

"Anticipation in that case may have to be practiced; it need not to be preached. The Charter need not to make a principle of it; the law need not to authorize or encourage it. But surely that extreme hypothetical case beyond the realm of law should not be used to justify new rules for situations that do not involve the impending mortal thrust."

Henkin konkluderer med følgende uttalelse:

"There, anticipatory self-defence, it should be clear, is a euphemism for 'preventive war'. The UN Charter does not authorize it. Nothing in international relations, including the new weapons, suggests that international society would be better if the Charter were changed – or read – to authorize it." ⁹⁵

Henkin hevder altså at preventive handlinger kan være nødvendig i visse ekstreme

⁹⁴ Henkin: How Nations Behave, Law and Foreign Policy, s. 233.

⁹⁵ Ibid. s. 234.

situasjoner og at selvforsvar som utøves i slike situasjoner ikke bør fordømmes av det internasjonale samfunn. Men, som Henkin uttrykker det, det er ikke nødvendig å faktisk fastslå en slik utvidet rett i det folkerettslige regelverk. En regel med et slikt innhold kan lett misbrukes og grensene for når retten oppstår vil bli tøyet i det lengste. Henkin er altså klar i sin tale; Art. 51 gir ikke hjemmel for preventivt selvforsvar.

Avra Constantinou inntar et lignende synspunkt i sin teori.⁹⁶ Han hevder at en rett til preventivt selvforsvar verken eksisterer under, eller ved siden av Art. 51. Han argumenterer med den strenge ordlyden i Art. 51, jfr. "if an armed attack occurs", og at den statspraksis som foreligger, ikke er egnet til å underbygge eksistensen av en sedvanerettslig adgang til preventivt selvforsvar. Dette fordi de statene som har påberopt seg en slik rett har blitt møtt med protester fra tredjestater og fordømmelse fra internasjonale organisasjoner. Et grunnleggende krav til dannelsen av en sedvanerett er nettopp en langvarig og konstant praksis, noe man vanskelig kan si statenes praksis har vært etter ikrafttreddelsen av FN-pakten. (Se om statspraksis under pkt. 5.10 og om vilkårene for sedvanerettsdannelse under pkt. 6.1.1).

I etterkant av USAs angrep på Irak i mars 2003, blusset som sagt debatten om hvorvidt folkeretten tillater preventivt selvforsvar kraftig opp. Teoretikerne synes nå å være mer samstemte enn tidligere. I artikkelen "Terrorism And The Legality Of Pre-Emptive Force", skrevet av Michael Bothe,⁹⁷ er konklusjonen helt klar. Han hevder uttrykkelig at et "armed attack" slik det fremstår i Pakten Art. 51, må tolkes som et krav til et faktisk væpnet angrep og at trusler om slike angrep dermed ikke berettiger en stat til å utøve selvforsvar. Bothe avslutter sin drøftelse med følgende uttalelse;

"This conclusion is shared by the overwhelming majority of legal doctrine, which clearly holds anticipatory self-defence to be unlawful".

Det er i dag altså en forholdsvis bred enighet om at Art. 51 ikke skal tolkes som en generell hjemmel for preventivt selvforsvar. Hvorvidt statene under helt spesielle

⁹⁶ Constantinou, The right of self-defence under customary International Law and Article 51 of The UN Charter, s. 207.

⁹⁷ Bothe, Terrorism And The Legality Of Pre-Emptive Force.

omstendigheter skal ha en rett til å angripe først er likevel omdiskutert. Thomas Franck, Direktør for Center for International Studies ved New York University Law School, hevder at Art. 51 er en fleksibel bestemmelse.⁹⁸ Dette fordi tolkningen av FN-pakten er lagt til FNs egne organer, og særlig da til Sikkerhetsrådet. Franck viser i denne forbindelse til FNs egen praksis og til en uttalelse som gir klare antydninger om at det må være rom for akutte preventive handlinger;

*"Where there is very clear evidence that an armed attack, having not yet occurred, is nevertheless imminent and would be overwhelming, and would make the awaiting of the armed attack disastrous for the attacked country."*⁹⁹

Uttalelsen antyder uttrykkelig at preventivt selvforsvar undertiden kan være berettiget også innenfor rammene av Pakten. Det er klare likhetstrekk mellom denne uttalelsen og Caroline-doktrinen, jfr. kap. 6, men han fremhever at kravene til umiddelbarhet og nødvendighet må tolkes strengere enn under den tradisjonelle sedvaneretten.

Martti Koskeniemi, direktør ved Erik Castren Instituttet for Internasjonal rett og menneskerettigheter ved Universitetet i Helsingfors, er en av teoretikerne som i dag er positiv til en utvidende tolkning av Art. 51.¹⁰⁰ Som grunnlag for sitt syn viser han til formålet bak bestemmelsen. Hensikten med regelen i Art. 51 er å beskytte statenes suverenitet og uavhengighet. Dersom en stat føler sin suverenitet og uavhengighet truet gjennom andre staters handlinger, burde denne staten være berettiget til å gripe til våpen for egen beskyttelse – selv om truslene ennå ikke har vist seg gjennom faktiske handlinger. Koskeniemi hevder at regelen om selvforsvar i Art. 51 må suppleres med den tradisjonelle Caroline-doktrinen. Art. 51 vil, hevder han, dersom man utelukker sedvaneretten, være ufullstendig og uegnet til å fremme sitt formål.

7.3 Hvilke slutninger kan trekkes?

Majoriteten av folkerettsjuristene tolker altså Art. 51 slik at den ikke gir en generell hjemmel for preventivt selvforsvar. De avviser at den tradisjonelle sedvaneretten fortsatt eksisterer som et selvstendig rettsgrunnlag, evt. at sedvaneretten skal innfortolkes i Art.

⁹⁸ Se Francks uttalelser i Dworkin: Iraq and the "Bush-doctrine" of Pre-Emptive Self-Defence.

⁹⁹ Dworkin: Iraq and the "Bush-doctrine" of Pre-Emptive Self-Defence.

¹⁰⁰ Se Koskeniemis uttalelser i Dworkin: Iraq and the "Bush-doctrine" of Pre-Emptive Self-Defence.

51. Under de fleste teoriene finner vi imidlertid antydninger om at det også under Art. 51 må eksistere en viss adgang til preventivt selvforsvar. Foreligger det tilnærmet sikre beviser for at en stat, i helt nær fremtid, vil iverksette et væpnet angrep mot en annen stat, kan det ikke være påkrevet etter folkeretten at staten som er truet skal forholde seg passiv inntil det første angrepet foreligger. Muligens kan det hevdes at det i dagens internasjonale samfunn er i ferd med å utvikle seg en ny sedvanerett, en sedvane som tar utgangspunkt i den strenge ordlyden i Art. 51, men som under helt ekstraordinære omstendigheter gir en rett til å utøve preventivt selvforsvar. En slik ny sedvane kan imidlertid ikke forankres i statenes faktiske praksis, men må utledes av teoretikernes brede enighet om at det eksisterer en helt snever adgang til å utøve preventivt selvforsvar. Denne teorien kan danne grunnlag for opinio juris. Sedvanen utvikles dermed på grunnlag av den brede aksepten for at uttrykket "if an armed attack occurs..." må underkastes en helt begrenset og forsiktig utvidet tolkning. Visse elementer fra den tradisjonelle sedvaneretten, f.eks. kravet til umiddelbarhet og nødvendighet, synes dermed å fortsatt eksistere. Disse kravene har alltid blitt tolket forholdsvis strengt, men blir trolig underkastet en enda strengere fortolkning i dag. Den siste tids hendelser, særlig USAs angrep på Irak i mars 2003 og Israels angrep på Syria i oktober 2003, viser at enkelte stater stadig senker terskelen for når de anser seg berettiget til å utøve selvforsvar. Selv om det altså foreligger en bred enighet om at det helt unntaksvis kan foreligge en rett til preventivt selvforsvar, utgjør disse angrepene grove brudd på folkerettens regler om selvforsvar. Det forelå verken faktisk væpnede angrep eller helt ekstraordinære situasjoner som gjorde det urimelig å kreve passivitet fra USAs og Israels side. Et spørsmål som dermed kan stilles er om disse angrepene markerer starten på en utvikling der terskelen for å bruke militær makt, begrunnet i retten til selvforsvar, blir stadig lavere. Dersom statene i sin forsvarspolitik til stadighet ignorerer folkerettens rammer for bruk av militær makt, kan dette gi grobunn for en ny statspraksis og dermed også være startfasen på en ny sedvanerettsdannelse. Vi vil se nærmere på, og vurdere betydningen av, de siste års hendelser under kap. 8. Som et sentrum for den videre fremstilling står USAs nye og mer aggressive forsvars- og sikkerhetspolitikk, herunder den moderne krigen – krigen mot terror.

8 Utviklingen videre

8.1 Innledning

De siste års hendelser, særlig i Midtøsten og USAs handlinger mot Irak, har ført til en diskusjon om terskelen for å gå til krig er senket. I forhold til temaet i denne oppgaven, har det vært særlig interessant å vurdere om adgangen til preventivt selvforsvar er i ferd med å utvides. Er kravet til ”armed attack” som vilkår for å utøve selvforsvar i ferd med å viskes ut? Eller er sedvaneretten i ferd med å endres for å tilfredsstille stormaktene? En annen problemstilling som har blitt særlig aktuell etter angrepet på World Trade Center (WTC) 11. september 2001, er om de gjeldene regler har tatt tilstrekkelig høyde for terrororganisasjoner. Kan de folkerettslige regler også gjøres gjeldene i krigen mot terror?

Dette vil hovedsakelig være en de lege ferenda vurdering, hvor vi vil belyse de mest sentrale argumenter brukt i denne diskusjonen.

8.2 Krigen mot terror

Da terrornettverket Al-Qaida utførte sine angrep på WTC og Pentagon for to år siden, erklærte President Bush krig mot terror. Resultatet ble at USA bombet Afghanistan i forsøket på å knuse dette nettverket. Samtidig sørget de for at Talibanregimet som det sittende styret i landet, ble styrtet. Lovligheten av dette angrepet er i ettertid debattert og problemstillingen synes todelt. For det første hvorvidt folkeretten kan anvendes overfor terrorisme, det vil si angrep utført av en ikke-stat. Den andre delen går på om man kan gå til preventivt angrep på stater som på en eller annen måte støtter eller hjelper terrororganisasjoner.¹⁰¹

Problemet med å bruke folkerettens regler overfor terrororganisasjoner, er at slike nettverk ikke defineres som folkerettssubjekter. Det vil derfor være vanskelig å fastslå hvilken stat som skal defineres som motpart i en eventuell konflikt. Spørsmålet kom opp i forhold til Afghanistan, som ble utpekt som ansvarlig for å beskytte

¹⁰¹ Den engelske betegnelsen på slike stater er ”rouge states” og brukes om stater som på ene eller annen måte støtter terrororganisasjoner; ved å benytte seg av deres ”tjenester” eller ved å gi dem finansiell eller materiell støtte. Hjelp til å skjule såkalte terroristceller anses som støtte.

terrornettverket Al-Qaida etter angrepene på USA for to år siden. Selv om dette kan være vanskelig å bevise, betyr ikke dette at folkerettens regler blir ugyldige overfor slike organisasjoner – resultatet ville da blitt at de kunne fortsette sin virksomhet uten bekymring for eventuelle mottiltak. Poenget er at enhver stat er forpliktet til å gjøre det som står i dens makt til å hindre at slike organisasjoner får operere fritt innenfor statens territorium. Brudd på denne plikten fører til at staten blir medansvarlig for angrepet, og dermed også utsatt for eventuelle sanksjoner.¹⁰²

Den største utfordringen i slike situasjoner er naturligvis bevisbyrden. For det første må det bevises at terrororganisasjonen faktisk står bak et eventuelt angrep før retten til selvforsvar trer i kraft, eventuelt at et angrep er nært forestående.¹⁰³ Dernest må det bevises at organisasjonen oppholder seg på den aktuelle stats territorium. Og for det tredje må statens manglende vilje til å gripe inn bevises.

8.2.1 Utvidede rettigheter?

Det neste man kan spørre seg er om krigen mot terror utvider grensene for preventivt selvforsvar. Det faktum at Bush har fått med store deler av verden og erklært krig mot terror, betyr ikke at de regler som gjelder i krig kommer til anvendelse.¹⁰⁴ Dette er ikke en formell krigserklæring, men snarere en politisk uttalelse som ikke vil medføre videre kompetanse enn det som gjelder i fredstid. Man må derfor falle tilbake på de regler folkeretten hjemler også når man vurderer selvforsvar i forhold til terrororganisasjoner. Det betyr at man må holde seg innenfor de rammer som Pakten Art. 51 eller den folkerettslige sedvane setter, jf. kap. 5 og 6. Derimot vil vurderingen under de ulike vilkår og kriterier kunne stille seg noe annerledes, selv om kompetansen fortsatt er den samme.

Særlig nødvendighetsvurderingen vil stille seg annerledes i forhold til terrororganisasjoner, siden slike organisasjoner ikke vil ha noen forpliktelser i forhold til egne borgere. Stater vil måtte ta hensyn til nasjonens interesse, herunder borgernes sikkerhet, i sine handlinger og vil av den grunn avstå fra å bruke makt i mange tilfeller. Terrororganisasjoner har ingen slike hensyn, og terskelen for å bruke makt er langt

¹⁰² Dette var et av argumentene den britiske regjering brukte overfor USA i Caroline-saken. Det ble hevdet at USA ikke viste stor nok vilje til å gripe inn overfor de amerikanerne som hjalp de canadiske opprørerne.

¹⁰³ Ofte blir det raskt fastslått hvilken organisasjon som står bak et angrep. Terroristorganisasjoner er ivrige til å påta seg skylden, idet formålet med aksjonen er å fremme et budskap. Spørsmålet er imidlertid om dette er tilstrekkelig for å tilfredsstille beviskravene.

¹⁰⁴ Hvorvidt krigens folkerett hjemler andre former for lovlig maktbruk drøftes ikke i denne oppgaven.

lavere. Det eneste virkemiddelet slike nettverk har til disposisjon er maktbruk og gjerne mot sivile mål, eller mål som symboliserer det man kjemper mot. Nettverk som Al-Qaida har flere ganger uttalt at de vil slå til igjen, og har offentlig oppfordret sine sympatisører til å slå til mot vestlige mål. Også Hamas har gjentatte ganger vist at de ikke skyr noen midler i kampen mot Israel. Den underliggende problemstilling blir da om dette medfører at terskelen for maktbruk senkes? Vil gjentatte trusler og aksjoner bety at man har utvidet rett til å slå til mot disse gruppene? Man vet at de vil slå til igjen, men man vet ikke når. De siste års hendelser i Afghanistan og Israel/Syria tyder på at man er i ferd med å slå hardere til mot denne type virksomhet, og spørsmålet blir om det internasjonale samfunn vil akseptere dette.

Også umiddelbarhetskravet byr på problemer i forhold til terrorisme. Det vil være umulig å forutse terroristorganisasjoners handlinger. Paul Wolfowitz illustrerte problemet med å anvende dette kravet på terroristorganisasjoner slik:

*"The notion that we can wait to prepare assumes that we know when the threat is imminent. ... When were the attacks of September 11 imminent? Certainly they were imminent on September 10, although we didn't know it."*¹⁰⁵

Terrororganisasjoner opererer mye i det skjulte. Objektivt synbare momenter som f.eks. mobilisering er ikke til stede. Tvert imot vil man ofte ikke ha noen forvarsel om hva som skal skje, det er det som gjør terroristorganisasjoner så effektive og fryktet. Tidligere aksjoner mot terroristvirksomhet er fordømt av FN. USAs bombing av Libya i 1986, se pkt. 5.10.4, ble møtt med fordømmelse fra flere hold. Selv om Sikkerhetsrådet på grunn av veto fra USA og Storbritannia ikke kom til enighet, karakteriserte Generalforsamlingen angrepet som et grovt brudd på folkeretten. Bombingen av Afghanistan ble ikke sanksjonert av FN. En resolusjon som fordømmer dette angrepet vil uansett ikke bli gyldig vedtatt, idet USA har vetorett. Mangel på reaksjoner fra FN er likevel ikke ensbetydende med aksept. Tvert imot fikk USA støtte for sine aksjoner i Afghanistan, med den begrunnelse at dette var utøvelse av retten til selvforsvar.¹⁰⁶ Dette ble godtatt av de fleste nasjoner og ble møtt med svært liten

¹⁰⁵ Viseforsvarsminister Paul Wolfowitz' tale ved International Institute for Strategic Studies, 02.12.2002.

¹⁰⁶ UN Doc. S/2001/946: "in response to these attacks, and in accordance with the inherent right of individual or collective self-defence, United States armed forces have initiated actions designed to prevent further attacks on the United States."

motstand. Man kan dermed trekke den slutning at retten til selvforsvar også gjelder overfor terroristangrep. Retten er også i behold i forhold til stater som på en eller annen måte støtter terroristgrupper. Aktiv støtte er ikke nødvendig, også passivitet overfor slike grupper eller motvillighet mot å gripe inn mot terroristene statuerer ansvar. Dette kan derimot sies å være i motstrid med uttalelsene fra ICJ i Nicaragua-saken når det hevdes at det stilles krav om ”substantial involvement” for at en stat skal stå ansvarlig for handlinger foretatt av terrorgrupper. På dette området kan det dermed synes som om folkeretten har utviklet seg noe, den har tilpasset seg til de stadig større truslene slike terroristgrupper representerer.

Israels bombing av Syriske mål skapte derimot sterke reaksjoner fra verdenssamfunnet, men heller ikke dette er foreløpig sanksjonert av FN. Det er med andre ord ingen ubetinget rett til preventive angrep, selv om man er offer for så mange selvmordsaksjoner som Israel har vært og fortsatt vil være. Problemet vil være å knytte trusselen for slike aksjoner opp mot de preventive handlinger (her: bombingene av Syria). USA klarte dette med større hell forut for sine aksjoner i Afghanistan, og de klarte å formidle dette bedre ut til verden. Selv om Syria er under mistanke for å huse terroristceller, kreves det fortsatt bevis for at staten er medansvarlig for Hamas' angrep. Det er vanskelig å trekke noen entydige konklusjoner på bakgrunn av de siste års hendelser, men det kan synes som om verdenssamfunnet i større grad åpner for maktbruk overfor terrorvirksomhet. Allikevel vil nok bombingene av Afghanistan ha begrenset betydning som presedens på grunn av omstendighetene som ledet til angrepet. Det finnes ikke mange nasjoner som ville fordømme USAs handlemåte etter det som skjedde 11. september og kanskje var handlingene å anse som et utslag av retten til selvforsvar.

8.3 Er folkeretten under endring?

Etter USAs angrep på Irak i mars 2003, har debatten rundt lovligheten av maktbruk blomstret kraftig opp. Det kan synes som om dette er et tegn på at reglene på dette området er i ferd med å endres. Det er tidligere nevnt at en måte å endre sedvaneretten på, er å bryte tidligere praksis og fremsette et nytt krav til støtte for den nye praksis. Det at debatten nå går, kan tyde på at dette er i ferd med å skje. Spørsmålet i tiden fremover vil bli hva resten av verden vil foreta seg i forhold til tilsynelatende brudd på folkeretten

og problemstillingen her er hvordan de aktuelle hendelsene vil påvirke retten til preventivt selvforsvar.

8.3.1 Irak II – fortsettelse på begynnelsen?

Krigen mot Irak startet i 1991, da FNs Sikkerhetsråd ga medlemmene mandat til å utøve kollektivt selvforsvar på vegne av Kuwait.¹⁰⁷ Legaliteten av denne krigen var aldri tvilsom. Etter at Irak var kastet ut av Kuwait ble det inngått en avtale om våpenhvile, der det blant annet ble stilt som vilkår at Irak skulle avvæpnes og kvitte seg med alle masseødeleggelsesvåpen. FNs våpeninspektører skulle sørge for at dette vilkåret ble etterlevet. Derimot har Irak ikke vært villig til å bistå inspektørene i arbeidet, og Sikkerhetsrådet har vedtatt en rekke resolusjoner som stadfester at dette er et brudd på våpenhvilen.¹⁰⁸ Situasjonen nådde sitt klimaks i mars 2003 da koalisjonen av militære styrker, med USA og Storbritannia i spissen, gikk til angrep på Irak for å få fjernet det sittende regimet. I ettertid har det i teorien vært diskutert ulike rettslige grunnlag for denne krigen, blant annet om grunnlaget ligger i Sikkerhetsrådets resolusjon nr. 678 av 29. november 1990. Dette forutsetter at det fortsatt er en pågående krig og at angrepet i 2003 teknisk sett er en selvforsvarshandling på vegne av Kuwait. Denne løsningen synes noe konstruert og er neppe et gyldig *resonnement* – Iraks angrep var avsluttet og slått tilbake.¹⁰⁹ Spørsmålet blir dermed om dette kan henføres under retten til preventivt selvforsvar?

Det er forholdsvis enkelt å slå fast at dette angrepet ikke kan anses å være et utslag av retten til selvforsvar. Irak hadde ingen våpen som var i stand til å nå mål i USA eller Europa. Et eventuelt selvforsvar måtte i så fall være på vegne av de arabiske nabostater eller Israel eller Tyrkia. En slik forespørsel her derimot aldri kommet. Vilklårene for selvforsvar var dermed ikke oppfylt. Det var heller ingenting som, i tiden forut for krigsutbruddet, tydet på at Irak ville gå til angrep på noen av sine naboland. Selv om Irak i løpet av de siste 25 år ved flere anledninger har gått til angrepskrig mot stater i Midtøsten og regimet gjentatte ganger har blitt kritisert og fordømt for sine overgrep

¹⁰⁷ Jfr. SC Res. 678 (1990): "all necessary means".

¹⁰⁸ Jfr. SC Res. 1441 (2002): denne viser til at Irak ved flere anledninger har brutt de vilkår som var satt i forbindelse med avtalen om våpenhvile som ble inngått i 1991, jfr. SC Res. 687 (1991).

¹⁰⁹ Et annet poeng er at dersom hjemmelen søkes i Sikkerhetsrådets resolusjoner, vil det være opp til Sikkerhetsrådet å avgjøre konsekvensene ved brudd på disse - ikke enkeltstatene. Det var klart for de stridende parter at de ikke hadde Sikkerhetsrådets støtte i dette spørsmålet.

mot egne borgere,¹¹⁰ endrer ikke dette bildet av den nåværende situasjonen. Spørsmålet er; hvor nært forestående var et eventuelt irakisk angrep? Man kan i denne sammenheng spørre hvilken kapasitet Irak på dette tidspunktet hadde til å gå til krig. Etter å ha lidd store tap i den første krigen, handelsblokade og ti år med nedrustning, er det ikke så mye som tyder på at Irak var veldig slagkraftig. Det var riktignok reist tvil om hvorvidt de faktisk etterlevde kravene til nedrustning eller ikke, men under FNs våpeninspeksjoner i forkant av krigen ble det ikke funnet spor av masseødeleggende våpen. Heller ikke i ettertid er det gjort noen funn av slike våpen. Tvert imot tydet signalene fra FNs våpeninspektører på at Irak ikke var i besittelse av denne typen våpen, og de ba derfor om mer tid til å gjøre grundigere undersøkelser før man gikk til det skritt å bruke makt mot Irak.¹¹¹

Det interessante i denne konflikten er å vurdere om USA og Storbritannias handlemåte kan ses på som et utslag av statspraksis i den hensikt å endre opinio juris på dette området. I denne vurderingen er det mange faktorer og ta hensyn til. Et sentralt vurderingsmoment er særlig USAs utenrikspolitikk på området. Etter angrepene på WTC og Pentagon i 2001 har USA tilsynelatende ført en mer aggressiv utenrikspolitikk. Lee Feinstein¹¹² uttrykker det på denne måten:

*"We used to say in the Clinton administration, when it came to the use of force, 'With others when we can, alone when we must.' This administration puts it the other way around: 'Alone when we can, with others when we must.'"*¹¹³

Bush' nye sikkerhetsplan danner grunnlaget for USAs utenrikspolitikk.¹¹⁴ I planen pekes det på at trusselbildet i verden er under endring. Før var trusselen store militære styrker med konvensjonelle våpen, mens det i dag er mindre stater med "skjulte" våpen med stort nedslagsfelt som utgjør den største trusselen. Videre sies det:

¹¹⁰ Se Skeleton Argument on Behalf of Legal Inquires Support Group (LISG): In the matter of an inquiry of the legality of the use of force by the United Kingdom against Iraq, 9th October 2002, s. 4-6.

¹¹¹ Det bør påpekes at alle opplysninger i denne saken ikke når offentlighetens lys. Det er derfor vanskelig å dra noen endelige konklusjoner og at de slutninger som blir dratt i denne oppgaven er basert på de opplysninger som er offentlig tilgjengelig.

¹¹² Lee Feinstein er senior fellow for US foreign affairs and international law ved Council on Foreign Relations.

¹¹³ Murdock: Preemptive War: is it Legal?

¹¹⁴ NSS, jfr. pkt. 1.1

”We must adapt the concept of imminent threat to the capabilities and objectives of today’s adversaries.”¹¹⁵

Dette er for så vidt i tråd med det vilkår Caroline-saken stiller. Kravene til nødvendighet og umiddelbarhet, synes også å være planens utgangspunkt. Derimot følger det videre at:

”The United States has long maintained the option of preemptive actions to counter a sufficient threat to our national security. The greater the threat, the greater the threat of inaction – and the more compelling the case for taking anticipatory action to defend ourselves, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy’s attack. To forestall or prevent such hostile acts by our adversaries, the United States will, if necessary, act preemptively.”

Dette synes å være i klar motstrid med det som tidligere er lagt i kravene til nødvendighet og umiddelbarhet. Ifølge denne forståelsen av retten til preventivt selvforsvar vil problemstillingen være hvorvidt en stat har mulighet eller kapasitet til å slå til mot amerikanske interesser, ikke hvor vidt det faktisk vil skje. Denne forståelsen utvider klart retten til preventivt selvforsvar, hvilket det ikke finnes noe særlig praksis til støtte for.

Ser man dette i lys av Bush-doktrinen,¹¹⁶ kan det se ut som om utviklingen går i retning av å innføre loven om den sterkestes rett. Men det gjenstår og se om doktrinen vil gi seg utslag i nye handlinger. Enn så lenge er planen i seg selv bare et politisk utspill og ingen brudd på folkeretten.

For at ny sedvanerett skal skapes, er det også et vilkår at ingen protesterer mot denne statspraksisen. Ved tidligere anledninger der preventivt selvforsvar er påberopt, har Sikkerhetsrådet fordømt slike handlinger¹¹⁷ og voteringer har vist at preventivt selvforsvar ikke har aksept blant verdens stater. I dette tilfellet har ikke Sikkerhetsrådet avgitt noen resolusjon etter krigen, men uttalelser fra bl.a. Frankrike og Tyskland før

¹¹⁵ NSS pkt. V.

¹¹⁶ Se pkt. 1.1.

¹¹⁷ Bl.a. SC Res. 487 (Se pkt. 5.10.3)

krigen tyder i alle fall på at praksisen i dette tilfellet ikke er akseptert. Frankrike nedla veto i Sikkerhetsrådet mot en strengere resolusjon som ville gi amerikanerne mandat til å angripe Irak. Det er derfor vanskelig å se at det dannes noen ny form for opinio juris i dette spørsmålet som kan føre til endring av sedvaneretten.

Hvorvidt Frankrikes veto også skal anses som et veto mot preventivt selvforsvar, er tvilsomt. Frankrike la frem også frem en ny forsvarsplan i 2002.¹¹⁸ Strategien i denne planen bygges på fire bærebjelker; deterrence, prevention, force projection og protection. Derimot kan det virke som om den franske politikken er mer på linje med de prinsipper som trekkes i teorien. Det sies at *”preventive action is not out of the question where explicit and confirmed threats have been recognized.”* Dette stemmer bedre overens med kravene til umiddelbarhet og nødvendighet som er en del av Caroline-saken.

Et argument som er brukt for å legitimere krigen med Irak, er at det aldri har vært fred mellom koalisjonsstyrkene og Irak. Det har med andre ord alltid vært en slags tilstand av krig mellom de to partene. Dette er noe av den samme tankegangen som ligger bak argumentet om at Sikkerhetsrådets resolusjoner hjemler angrepet på Irak.

Resonnementet er at koalisjonen ivaretar retten til selvforsvar etter Pakten Art. 51 ved at krigstilstanden tolkes som et væpnet angrep (”armed attack”) etter bestemmelsen.

Argumentet er gyldig nok all den tid forutsetningene for dette er til stede. Krig mellom to stater vil være nok til å tilfredsstille kravet til væpnet angrep etter Pakten, men problemstillingen er om det *faktisk* foreligger en krigstilstand mellom koalisjonen og Irak. Etter krigen i 1991 ble det inngått avtale om våpenhvile, og det er blant annet gjentatte brudd på denne som brukes som argument for krigstilstanden. De ”nye” koalisjonsstyrkene med USA og Storbritannia i spissen, hevder at Irak aldri kvittet seg med masseødeleggelsesvåpnene sine og at Irak er en av motstanderne i krigen mot terror. Påstanden fra USA er tvert imot at Irak fortsatte å produsere masseødeleggelsesvåpen etter 1991. På dette grunnlaget hevdet USA og Storbritannia at de hadde folkeretten på sin side når de angrep Irak for å håndheve Sikkerhetsrådets resolusjoner. Problemet med denne argumentasjonen er, som før nevnt, mangelen på støtte i Sikkerhetsrådet. USA og Storbritannia kan ikke på egen hånd handle på vegne

¹¹⁸ The National Defence – French Defence Strategy

av FN, maktbruk fordrer et klart mandat fra Sikkerhetsrådet.¹¹⁹

Ordlyden i Pakten Art. 51 synes å være intakt også etter den siste Irak-konflikten. Det er lite som tyder på at en utvidende tolkning av artikkelen har støtte blant FNs medlemsland.

8.3.2 Israels angrep på Syria, oktober 2003

Situasjonen i Midtøsten har lenge vært spent, og Israel har en rekke ganger blitt involvert i militære konflikter med nabolandene. Men også innad i Israel er det konfliktfylt, særlig spørsmålet om opprettelsen av en egen palestinsk stat skaper reaksjoner. Ekstremistgrupper på begge sider gjør det vanskelig å få noe fremgang i prosessen, til tross for en rekke internasjonale initiativ. Selvmordsaksjoner fra palestinsk side og gjengjeldelser med militære styrker fra Israelsk, setter en effektiv stopper for konstruktive samtaler mellom partene.

I september 2003 bombet Israel diverse mål på syrisk territorium, med den begrunnelse at disse målene er baser for palestinske terroristorganisasjoner. Begrunnelsen er ikke godtatt av det internasjonale samfunn, selv om det ikke er kommet noen Sikkerhetsrådsresolusjon som fordømmer angrepet. En rekke nasjoner har i stedet på egen hånd uttalt at denne handlemåten ikke er akseptert.

Denne handlemåten føyer seg inn i rekken av hendelser som gjør at statene er nødt til å ta et valg – de reaksjoner disse hendelsene fører med seg vil være med på å stake ut kursen videre. Dette leder dermed over i en diskusjon om hvordan man vil at rettstilstanden skal være i fremtiden.

8.4 De lege ferenda

De problemstillinger som er nevnt under pkt. 8.3 reiser spørsmålet om hvorvidt en utvidet rett til preventivt selvforsvar er ønsket. Selv om løsningen per i dag ikke er avklart, er det tydelig at krigen mot terror har ført til en lavere terskel for

¹¹⁹ Graham Melling: Weapons of mass destruction: a necessary discovery? drøfter argumentet om masseødelegelsesvåpen som grunnlag for krigen. Det konkluderes med at funn av masseødelegelsesvåpen ikke er nødvendig for å rettferdiggjøre krigen. Grunnlaget for krigen var brudd på Sikkerhetsrådets resolusjon 1441 (2002) som igjen aktiverte resolusjon 678 (1990). Iraks manglende vilje til å etterleve Sikkerhetsrådets resolusjoner etter 1991 er dermed nok til å hjemle krigen, selv uten et tydelig mandat til å bruke makt på FNs vegne. Det virker unektelig noe søkt å begrunne en invasjon av Irak med argumenter om masseødelegelsesvåpen – særlig nå som de i ettertid ikke klarer å påvise masseødelegelsesvåpen i Irak. I ettertid har det vært befrielsen av det irakiske folk fra Saddams jerngrep som har blitt fremhevet som det viktigste argumentet.

maktbruk. Det sentrale her vil være å analysere hvilke argumenter som kan føres for og imot denne utviklingen.

8.4.1 Utvidende tolkning?

Det mest åpenbare argument mot en utvidelse av retten til selvforsvar, er at det ville åpne for misbruk. Generelt sett vil det ikke være ønskelig å åpne for maktbruk i det hele tatt, men reelt sett så finnes det et behov for at man i visse tilfeller må tillate dette. Det er også anerkjent i Pakten, med maktforbudet og de eksplisitte unntak som finnes der. Åpner man derimot for at for eksempel kravet til ”armed attack” kan tolkes utvidende til også å gjelde intensjoner om å gå til angrep, vil dette kunne brukes til å fjerne uønskede regimer med den unnskyldningen at et angrep var underveis. Argumentet skal derimot ikke overdrives, alle stater vil normalt være motvillige til å bruke militær makt mot hverandre. Det er jo også et politisk aspekt ved bruk av makt, uavhengig av det rettslige grunnlaget. Man skal jo tross alt sameksistere senere også. Dessuten vil alltid bevisspørsmålet også sette sine begrensninger. Selv med en utvidet adgang til preventivt selvforsvar vil man måtte bevise den annen stats intensjoner og at de vurderinger man foretok i forkant av den preventive handlingen var forsvarlige.

En annen side av argumentene for en utvidende tolkning av retten til preventivt selvforsvar, er at det kan skape en slags ”ond sirkel”. For å bruke Kashmir konflikten som eksempel, kunne man tenke seg at India frykter Pakistans slagkraft, fordi det er antatt at de er i besittelse av atomvåpen. Dette ville skape en frykt hos India, som ville føle seg presset til å slå til først for å prøve å utligne denne strategiske fordelene. Dette ville igjen kunne føre til at Pakistan frykter et indisk angrep som ville føle seg presset til å angripe først. Etter hvert blir maktbruk mer og mer aktuelt, og til slutt ville det ikke være noen vei utenom.

Det er også hevdet at det er noe strengt å forlange at en stat skal måtte sitte å se på at nabostaten angriper før retten til selvforsvar trer inn. Dette argumentet må modifiseres noe, siden definisjonen på ”armed attack”¹²⁰ neppe krever at bombene faller i hodet på en før Art. 51 trer i kraft.

8.4.2 Restriktiv tolkning?

Det vil være uheldig å utvide adgangen til preventiv krig dersom det finnes andre

¹²⁰ Se kap. 5.

muligheter til konfliktløsning. Ifølge Pakten skal fredelige løsninger finnes utilstrekkelige før man tyr til makt. Man vil ikke legitimere et krigsutbrudd før alle andre løsninger er forsøkt. Særlig vil dette kunne være et problem i konfliktfylte grenseområder.

Det avgjørende argumentet for en restriktiv tolkning av retten til selvforsvar, er at det er svært få stater som godtar retten til preventivt selvforsvar. Det finnes med andre ord ingen statspraksis som tyder på at denne retten kan hjemles verken i Pakten Art. 51 eller i sedvaneretten. Israel, Storbritannia og USA er de eneste landene som hevder at en slik rett eksisterer og de tilfeller hvor en slik rett har blitt påberopt har blitt fordømt. De eneste antydningene som kan tas til inntekt for en slik rett, er Israels angrep mot Egypt og USAs bombing av Afghanistan. Disse lands handlinger kan derimot ved begge tilfellene anses som et utslag av "konvensjonelt" selvforsvar, siden faktum tilsier at både Israel og USA *i forkant* av sine handlinger var utsatt for et væpnet angrep.

8.4.3 FN

I denne drøftelsen er det vanskelig å se bort fra FNs rolle. Siden Sikkerhetsrådet etter prinsippene i Pakten skal ha suveren kompetanse til å bruke makt, vil dets handlinger være bestemmende for praksisen på dette området. Denne praksisen vil i neste omgang kunne være retningsgivende for rettsoppfatningen på området.

Problemet er at Sikkerhetsrådet blir lammet dersom de fem faste medlemmene ikke er enige om hvilken kurs man skal følge i dette spørsmålet. Dette er illustrert forut for angrepet på Irak, hvor man ikke klarte å bli enige om innholdet i resolusjonen.

Resultatet blir at FN ikke kan foreta seg noe, og enkeltstater handler derfor på egen hånd. Senere har det blitt stilt spørsmål om FNs handlingslammelse har ført til at FN har utspilt sin rolle. Til dette kan man jo bare se på hvordan situasjonen var for bare femten år siden. Under den kalde krigen var jo situasjonen likedan, og Sikkerhetsrådet klarte ikke å fungere etter intensjonene før 1990-tallet. Denne tilstanden vil man neppe streve etter å gjenoppleve, og det vil derfor være viktig for FN å markere seg på nytt. Det kan ikke være meningen at slike sentrale folkerettslige problemstillinger skal avgjøres av stormaktene alene.

Spørsmålet som har vært drøftet i ettertid av den siste Irak-krigen, er om det er FNs eller USAs tolkninger som veier tyngst ved fastsettelsen av folkeretten. Innenfor Paktens kompetanseområde er FN helt klart den rettssettende faktor, men også på sedvaneretten burde all fornuftig tolkning tilsi at FNs ord veier tyngre enn USAs. Tross alt skal FN

representere brorparten av verdens nasjoner, inkludert USA, og da burde alle land bøye seg for FNs vilje. Derimot har man nettopp sett eksempel på at USA sammen med en koalisjon av ”vennlige” stater trosser FNs vilje og opererer på egen hånd. Betyr dette at FN har utspilt sin rolle dersom de ikke sanksjonerer denne handlemåten?

Det avgjørende for FN nå i ettertid blir hvorvidt de klarer å involvere seg i oppbyggingen av Irak. I den siste tiden har det blitt lagt frem forslag til resolusjoner om måten Irak skal få tilbake selvstendigheten på. FN vil at Irak skal tilbakeføres til det irakiske folk så fort som mulig, for så å vedta en ny grunnlov. USA vil derimot først at den nye grunnloven skal vedtas før det blir snakk om noen tilbakeføring av selvstendigheten. Foreløpig har ikke Sikkerhetsrådet vært i stand til å enes fordi USA har vetorett og kan blokkere disse forslagene. Derimot har det nå blitt vedtatt en tidsfrist for den amerikanske administrasjonen i Irak til å legge frem en tidsplan for tilbakeføring av selvstendigheten. Dette regnes for å være fremgang i forhold til de krav FN stiller. Situasjonen illustrerer imidlertid at så lenge den eneste gjenværende stormakten i verden handler på egen hånd, mister FN mye av sin betydning. En resolusjon som går imot USAs ønsker vil være umulig å få igjennom all den tid veto retten eksisterer.

9 Avslutning/Konklusjon

Diskusjonen om hvorvidt det finnes en hjemmel for preventivt selvforsvar er langt på vei et avsluttet kapittel. Noen vid og ubetinget rett til å utøve et slikt selvforsvar finnes ikke, men det er relativt bred enighet om at det må eksistere en snever adgang til å handle preventivt. Retten må utledes av sedvanerettslige prinsipper og den forutsettes bare utøvet under helt ekstraordinære omstendigheter. Selv om statene altså kan være berettiget til å handle preventivt, er hjemmelsgrunnlaget for denne retten ennå ikke avklart. Et samlet overblikk over den juridiske teorien synes å indikere at Pakten Art. 51 må suppleres med elementer fra den tradisjonelle sedvaneretten.

Mye tyder på at rettssituasjonen er under utvikling. Under henvisning til retten til selvforsvar hevder USA seg berettiget til å foreta de handlinger som er nødvendige for å sikre sine interesser – herunder preventive handlinger av militær karakter. Hvorvidt USAs nye sikkerhetspolitikk utgjør starten på en utvikling, der terskelen for lovlig utøvelse av makt stadig senkes, er vanskelig å si sikkert. Ny sedvanerett dannes nettopp gjennom et skifte i statenes praksis, men et vilkår for ny sedvane er at praksisen utbredt, samt at den blir ansett som rett. Slik verdenssamfunnet er i dag, der internasjonal politikk er sterkt splittet i synet på lovligheten av USAs angrep på Irak, kan det imidlertid vanskelig tenkes at det kan dannes ny sedvanerett. På den annen side: hvorvidt terskelen for lovlig utøvelse av selvforsvar senkes eller ei, er av mindre betydning dersom USA anser seg hevet over og ubundet av folkerettens regler på området. Et spørsmål som må stilles er om ikke tiden er inne for å revurdere FN-systemet. Dette spørsmålet må imidlertid besvares i en annen fremstilling. I denne sammenheng er det tilstrekkelig å påpeke at FN-systemet bør effektiviseres, herunder bør det utformes regler som forhindrer stormakter å handle uten støtte fra FN og verdensopinionen for øvrig.

APPENDIX

Forkortelser

AJIL	-	American Journal of International Law
EJIL	-	European Journal of European International Law
FN/UN	-	De Forente Nasjoner/United Nations
GA Res.	-	Resolution of the United Nations General Assembly
ICJ	-	International Court of Justice (Den internasjonale Domstol)
ICJ Rep.	-	Reports of the International Court of Justice
ILC	-	International Law Commission (FNs folkerettskommisjon)
LISG	-	Legal Inquires Support Group
NATO	-	North Atlantic Treaty Organization
SC Res.	-	Resolution of the United Nations Security Council
U.N.C.I.O	-	United Nations Conference on International Organization
UN Doc.	-	United Nations Documents
YBILC	-	The Yearbook of the International Law Commission

Litteraturliste

- Bring, Ove: FN-stadgan och världspolitiken. Om folkrättens roll i en föränderling värld, Norstedts Juridik AB 1997 (ISBN 91-39-00287-X)
- Brownlie, Ian: International Law and the Use of Force by States, Oxford University Press 1963 (ISBN 0-19-825158-0)
- Constantinou, Avra: The right of self-defence under customary International Law and Article 51 of The UN Charter, Ant. N. Sakkoulas Publishers 2000 (ISBN 960-15-0287-4/2-8027-1331-0)
- Green, L.C.: International Law Through The Cases, 2. edt., Stevens & Sons 1950
- Henkin, Louis: How Nations Behave, Law and Foreign Policy, Pall Mall Press Ltd. 1968 (ISBN 0-269-99-33-9)
- Jessup, Philip: A Modern Law of Nations: an introduction, Macmillan 1948
- Kelsen, Hans: The Law of the United Nations; a critical analysis of it's fundamental problems, Stevens & Sons 1950
- Malanczuk, Peter: Akerhurst's modern Introduction to International Law, 7. utg., Routledge 1997 (ISBN 0-415-11120-X)
- Ruud, Morten og Geir Ulfstein: Innføring i folkerett, Tano Aschehoug AS 1998 (ISBN 82-518-3669-7)
- Ruud, Morten og Geir Ulfstein: Innføring i folkerett, Universitetsforlaget 2002 (ISBN 82-15-00208-0)
- Shaw, Malcolm N.: International Law, 4. utg., Cambridge University Press 1997 (ISBN 0-521-57667-9)
- Simma, Bruno, Herman Mosler, Albrecht Randelzhofer, Christian Tomshat og Rudiger Wolfrum: The Charter of The United Nations. A Commentary, Vol. I, 2. utg. Oxford University Press 2002 (ISBN 0-19-92 4449-9)
- Stone, Julius; Aggression and World Order; a critique of United Nations theories of aggression, Stevens & Sons 1958
- Stone, Julius: Conflict through consensus, Baltimore/London 1977

Artikkeloversikt

- Bothe, Michael: The Legality of pre-emptive force. I: European Journal of International Law 2003 nr. 14 s. 26
- Dworkin, Anthony: Iraq and the "Bush-doctrine" of Pre-Emptive Self-Defence. I: Crimes of War Project, August 20. 2002 (online). Siteret 9.10.2003
Tilgang: www.crimesofwar.org/expert/bush-intro.html
- Melling, Graham: Weapons of mass destruction: a necessary discovery? I: New Law Journal, May 23. 2003.
- Murdock, Stephen: Preemptive War: is it Legal? (online). Siteret 06.10.2003
Tilgang: www.dcb.org/for_lawyers/washington_lawyer/january_2003/war.cfm
- Sofaer, Abraham D.: On The Necessity Of Pre-emption. I: European Journal of International Law 2003 nr. 14 s. 209
- Waldock, Claud Humphrey Meredith: The regulation of the Use of Force by Individual States in International Law. I: Recueil Des Cours, Académie De Droit International De La Haye, 1952-II, bind nr. 81, Library Du Recueil Sirey
- Waldock, Claud Humphrey Meredith: General Course on Public International Law. I: Recueil Des Cours, Académie De Droit International De La Haye, 1962-II, bind 106, A. W. Sijthoff
- Wright, Quincy: The Cuban Quarantine. I: American Journal of International Law 1963 nr. 57 s. 561

FN-materiale

Sikkerhetsrådets resolusjoner

- SC Res 487: Iraq – Israel, June 19. 1981
- SC Res. 678: Iraq - Kuwait, November 29. 1990
- SC Res. 687: Iraq - Kuwait, April 3. 1991
- SC Res. 1441: The Situation between Iraq and Kuwait, November 8. 2002

Generalforsamlingens resolusjoner

- GA Res. 2625 XXV – A/RES/2625(XXV), Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of The United Nations, October 24. 1970

GA Res. 3314 XXIX – A/RES 3314(XXIX), Definition of Aggression, December 14. 1974

GA Res. 95(I), Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of The Nürnberg Tribunal, December 11. 1946

Øvrig FN-materiale

UN Documents S/2001/946 (Letter dated 7 October 2001 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council) (online). Sitert 04.11.2003. Tilgang: <http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/567/85/PDF/N0156785.pdf>

United Nations Conference on International Organization San Francisco, California April 25. to June 26. 1945: selected documents. Washington: U.S.' government printing office 1946

Yearbook of the International Law Commission 1966 Volume II, Documents of the second part of the seventh session and of the eighteenth session including the reports of the Commission to the General Assembly. Document A/6309/Rev.1: Reports to the International Law Commission on the second part of its seventeenth session and on its eighteenth session.

Yearbook of the International Law Commission 1980 Volume II, part 1. Documents of the thirty-second session. Document A/CN.4/318/Add.5-7: Judge Ago's Eighth Report on State Responsibility to the International Law Commission.

Øvrig materiale

The National Security Strategy of the United States of America, 17. september 2002 (online). Sitert 01.10.2003. Tilgang: <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html>

President Bush' tale i FN's Generalforsamling, 12. september 2002 (online). Sitert 14.10.2003.

Tilgang: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/09/20020912-1.html>

President Bush' pressekonferanse, 6. mars 2003 (online). Sitert 04.11.03.

Tilgang: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/03/20030306-8.html>

Den amerikanske viseforsvarsministerens tale ved International Institute for Strategic Studies, 2. desember 2002 (online). Sitert 01.10.03.

Tilgang: <http://www.dod.gov/speeches/2002/s2002/2002/20021202.depsecdef.html>

Den franske forsvarsplanen, 2002 (online). Sitert: 10.10.03.

Tilgang: http://www.defense.gouv.fr/english/def_natio/index-a.html

Traktatregister

Act of Chapultepec, 3. mars 1945

Atlanterhavspakten, 4. april 1949 (NATO)

Briand-Kellogg-pakten, 27. august 1924

Defence Pact of the Arabic League, 3. mars 1945

Den andre Haag-konvensjonen, 18. oktober 1907

FN-pakten, 26. juni 1945

Folkeforbundspakten, 28. april 1919 (The Covenant Of The League Of Nations)

Geneve-Protokollen, 2. oktober 1924

Konvensjon om begrensning i bruken av makt ved inndrivelse av kontraktsmessig gjeld,

Haag 18. oktober 1907 (Den 2. Haagkonvensjon)

Konvensjon om fredelig bileggelse av internasjonale tvister, Haag 18. oktober 1907

(Den 1. Haagkonvensjon)

Saavedra Lamas Traktaten, 10. oktober 1933

Statuttene for Den internasjonale Domstol, 26. juni 1945

Wienkonvensjonen om traktatretten, 23. mai 1969

Domsregister

Atomvåpensaken: Legality of the threat or use of nuclear weapons, ICJ Advisory opinion 8 July 1996

Corfu Channel-saken: The Corfu Channel Case, ICJ Reports 1949 s. 4

Donau-saken: Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) ICJ Reports 1997 s. 7

Libya/Tsjad-saken: ICJ Reports 1994 s. 6

Nicaragua-saken: Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) ICJ Reports 1986 s. 14

A

B

C

D